Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY.

Received *July 25, 1901*

Digitized by Google

Sammlung

der

Entscheidungen

des

Ober-Appellationsgerichts

der vier freien Städte

zu Lübeck

in

Frankfurter Rechtssachen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Juristen.

Dritter Band,

umfassend den Zeitraum vom 1. November 1856 bis zum Ende des Jahres 1857.

DR. JUR. BANKS HAMBURG.

Frankfurt am Main.

J. D. Sauerländer's Sortimentsbuchhandlung.

1858.

Digitized by Google

Rec. July 25, 1901

Gedruckt bei J. D. Sauerländer.

Digitized by Google

Entscheidungen

des

Ober-Appellationsgerichts

der vier freien Städte

zu Lübeck.

Dritter Band,

umfassend den Zeitraum vom 1. November 1856 bis zum Ende des Jahres 1857.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

Seite

100. Hartmann wider Hartmann . . . . 1 — 10
Klage eines Miterben wegen Verletzung durch einen außergerichtlichen, unter Zuziehung eines beeidigten Theilungsbeistandes errichteten und vollzogenen Erbtheilungsvertrags. 6 S. 2 flg.
Bedingungen der Anfechtbarkeit des Theilungsvertrags wegen unrichtiger Schätzung von Erbschaftsobjekten, resp. wegen angenommenen falschen Theilungsmaßstabes. S. 5 und 6.
Wirkungslosigkeit des generellen Verzichts auf alle Einreden. S. 10.

101. Mayer wider Lion . . . . 11 — 16
Klage des Käufers auf Lieferung einer nach dem Gewichte bestimmten Quantität von vertretbaren Sachen. S. 11. Verweigerung der Annahme theilweiser Lieferung nicht statthaft. S. 15.

102. Söldner wider Hitzel . . . . 17 — 26
Formalien der Appellationseinwendung gegen Interlocute. S. 17.
Folgen der Nichtbeibringung von Actenabschriften in höherer Instanz bei versagtem Suspensiv-Effekt. S. 18. 24.
Appellation gegen die vorbehältlich aller Einreden geschehene Zulassung specieller an Zeugen, resp. Sachverständige zu stellenden Fragen. S. 19 und 20.
Einwendungen gegen die Zulassung, resp. Glaubwürdigkeit von Sachverständigen; Grundsätze für die Beurtheilung der Glaubwürdigkeit von Sachverständigen, beziehungsweise von Zeugen. S. 20. 26.
Zeitpunkt für den Impugnations-Beweis gegen Zeugen. S. 22.

103. Gemeinde Dortelweil wider Bauamts-Eisenbahn-Commission . . . . 27 — 34
Klage von Seiten des Eigenthümers, welchem durch eine zur Expropriation berechtigte Eisenbahn-Direction ohne vorherige Expropriation Grundeigenthum entzogen worden ist, alternativ gerichtet auf Einleitung des Expropriationsverfahrens oder Rückgabe des Areals unter Ersatz des Interesses. S. 29 flg.
Stillschweigen des Eigenthümers während des Baues von Seiten des zur Expropriation Berechtigten; Art. 74 d. pr. Pr. O. nicht anwendbar. S. 31.
Anwendung des Baustatuts in dem Landgebiete hiesiger Stadt. S. 31.

104. Dalton & Comp. wider Lehmann . . . . . 35 — 40
Klage des Wechsel-Indossanten gegen den unmittelbaren Nachmann auf Zahlung des noch restirenden Betrags der stipulirten Valuta; Einrede des Letzteren, daß das Indossement nicht zur Uebertragung, sondern behufs weiterer Garantirung erfolgt sei; — Beweiskraft. S. 37 flg.

105. Buhl wider Künstler und Kalbfleisch . . . . 41 — 48
Klage des Verkäufers einer Liegenschaft gegen die Käufer auf Vollzug des Hauptkaufbriefs. S. 41 flg.
Einrede des Käufers, daß auf der Liegenschaft in dem Interimsvertrag verschwiegene Lasten ruhen, sowie daß die Verkäufer ihnen das Stehenbleiben der Insätze durch die Clausel garantirt hätten: „Den Kaufpreis entrichten die Käufer durch Uebernahme der auf den Grundstücken bereits haftenden Insätze." S. 43—45.
Für den Fall des Nichtvollzugs des Kaufvertrags anzudrohendes Präjudiz. S. 48.

106. D. wider W. . . . . 49 — 50
Versäumung der Appellations-Fatalien durch ein auf Rechtsirrthum beruhendes Versehen des Sachführers; Restitution unter Verurtheilung des Letzteren in die Kosten und zu einer Strafe. S. 49 und 50.

Digitized by Google

Seite

107. Hertz wider Maas . . . . 51 — 55
Ausstellung eigener Wechsel über eine bestehende Schuld als **novatio privativa** geltend gemacht; Verwerflichkeit der deßfallsigen Einrede nach der hier Platz greifenden Wechselordnung von 1739. S. 52 flg.
Unstatthafte Adhäsion. S. 54.

108. Klett wider Lachmann . . . . 56 — 59
Arrest zur Begründung des Forums von Seiten eines hiesigen Bürgers als Cessionars eines Legatars gegen die fremden Testamentsvollstrecker eines dahier verstorbenen, auswärts domicilirenden Testators. S. 56.
Einrede der nicht erfolgten Erbantretung auf Grnnd des maaßgebenden fremden Rechtes verworfen. S. 57.
Gültigkeit der zum Behufe der Begründung des **fori arresti** an einer hiesigen geschehenen Cession. S. 58.
Nicht bescheinigte Einrede der Simulation der Cession. S. 58.
Gegenbescheinigungen, deren Beurtheilung für die Hauptsache präjudiciell ist, im Arrestverfahren nicht zu berücksichtigen. S. 58.

109. Klett wider Lachmann . . . . 60 — 65
Klage auf Auszahlung eines Legats; Auslegung des maaßgebenden Codizills. S. 60 und 64.
Befugniß des Oberrichters über verhandelte, von der untern Instanz nicht beurtheilte Streitpunkte zu erkennen. S. 63.
Strafe wegen Mißbrauchs der Appellation gegen Parthei und Anwalt. S. 65.

110. Allebes van der Laat wider Weißer . . . . . 66 — 75
Prüfung geführten Beweises und Gegenbeweises; — Erfüllungs- oder Reinigungseid. S. 67 flg.
Comptoirbediente des Producenten nicht unzulässige, sondern nur verdächtige Zeugen. S. 68.
Impugnations-Einrede gegen einen Zeugen nach geschlossenem Zeugenverhör als **novum** in dritter Instanz geltend gemacht; Verwerfung wegen unterlassener Bezeichnung der Beweismittel. S. 72.

111. Helmrich wider Ritter . . . . 76 — 78
Klage des Cessionars gegen den **debitor cessus**. S. 76.
Cession einer Forderung durch eine die Absicht der Uebertragung constatirende Erklärung des Creditors. S. 76.
Strafe des Eingeständnisses bei genereller Abläugnung und unterlassener Bezeichnung anderen Sachverhalts. S. 77.
Einrede des Schuldners, daß die Cessionsvaluta nicht gezahlt sei. S. 78

112. Scheidel wider Zentner . . . . 79 — 88
Auslegung eines Vertrags, durch welchen die Erben einer Parthei einen Dritten als Miterben an einer eingeklagten Forderung Theil nehmen zu lassen versprochen haben, in der Richtung, ob ein Vergleich der Erben, resp. ihres Rechtsnachfolgers über diese Forderung die Ansprüche jenes Dritten an die Erben alterirte. S. 83.
Verzichtleistung auf Verzinsung eines Vorschusses von Seiten des Handlungshauses, welches solchen im Auftrag eines Dritten geleistet hat; Wirkung dieses Verzichts zwischen dem Empfänger des Vorschusses und dem Committenten. S. 86.
Reformation lediglich wegen der Kosten zweiter Instanz ohne Einfluß auf die Entscheidung über die Kosten dritter Instanz. S. 88.

113. Voltz wider Beyerle . . . . 89 — 91
Klage des Vermiethers auf Räumung des Miethlocals. S. 89.
Sinn und Wirkung der concreten Kündigung. S. 90.

114. Boser wider Roth . . . . 92 — 97
Insatzklage; absolute Unzulässigkeit der Appellation von Seiten des Beklagten, Statthaftigkeit der Appellation des Klägers. S. 95.
Die Entscheidung im Insatzprozeß nicht präjudiciell hinsichtlich der persönlichen Haftung des Beklagten. S. 95.

115. Hausmann wider Hausmann . . . . . . 98 — 105
Klage der Kinder eines verstorbenen Handelsmannes gegen dessen Wittwe wegen Fortführung der Firma für eigene Rechnung. S. 98 flg.
Rechtlicher Charakter der Befugniß der Wittwe, das Geschäft des verstorbenen Ehemannes fortzusetzen, insbesondere den Kindern gegenüber. S. 100.
Gemeinrechtliche Grundsätze über die Wahl einer Firma. S. 102.

116. Kremenz wider Horst . . . . 106 — 110
Ergebniß der Beweis- und Gegenbeweisführung; Erfüllungs-, Reinigungs- oder Schiedseid. S. 106 flg.
Res judicata; Tragweite der Rechtskraft. S. 109.

Digitized by Google

Seite

117. Hessische Steuerdirektion wider Wolff . . . 111 — 117
Behandlung des Nachlasses eines Verstorbenen hat ausschließlich nach den Gesetzen des Domicils zu geschehen. S. 112.
Unerheblichkeit des Umstandes, daß der Verstorbene in einem von dem Domicile verschiedenen Orte verbürgert oder heimathberechtigt war. S. 113.
Rechtliche Stellung der hiesigen „Permissionisten" in dieser Hinsicht. S. 115.

118. Borgnis & Consorten wider das Bauamt . . . 118 — 128
Antrag auf ein Bauverbot unter dem Vorgeben, daß durch den Bau vertragsmäßig begründete dingliche Rechte verletzt würden. S. 118.
Prüfung des maaßgebenden Vertrags in dieser Hinsicht. S. 120.
Vorübergehende Zuwiderhandlung gegen die Servitut zum Zwecke statthafter Bauten. S. 126.
Quasipossessio negativer Servituten. S. 126.
Interdictum ne quid in flumine publico fiat; Genehmigung der angefochtenen Anlage durch die höchste Staatsgewalt. S. 126.

119. Ullmann'sche Debitmasse wider Oppenheim . . . 129 — 135
Vindication von Waaren von Seiten des Massecurators gegen einen Gläubiger, welcher solche eigenmächtig an sich genommen. S. 129 flg.
Verwerflichkeit der von dem Gläubiger auf Grund des Art. 54 der Wechsel-Ordnung von 1739 opponirten Einrede der Retention. S. 132.
Verspätete und unsubstantiirte Einrede des Faustpfandes. S. 133.

120. Fischer wider Boller . . . . 136 — 143
Restitution gegen Versäumniß eines Schwörtermins wegen unterbliebener Mittheilung desselben von Seiten des Sachführers. S. 138.
Zulässige Verbesserung des Restitutionsgesuchs. S. 139.
Voraussetzungen, unter welchen die Nachholung einer versäumten Prozeßhandlung (purgatio contumaciae) vor ergangenem Contumacial-Bescheide statthaft erscheint. S. 137.
Restitution gegen versäumte Fristen, resp. Tagfahrten, auch nach ergangenem Contumacial-Urtheile nicht nach den Grundsätzen der rest. contra rem judicatam zu beurtheilen. S. 141.

121. Bachrich & Schlesinger wider Schott . . . . . 144 — 160
Einrede der fehlenden Activlegitimation. S. 148.
Schuldanerkenntniß unter Festsetzung des Schuldbetrags und der Zahlungsmodalitäten vergeblich als Vergleich (novatio) geltend gemacht. S. 151.
Auslegung einer Haftübernahme hinsichtlich ihres Umfangs, resp. hinsichtlich der Forderungen, auf welche sich solche erstreckt. S. 152.
Einrede des nicht erfüllten Vertrags, resp. facturawidriger Qualität verkaufter Waaren wegen Unbestimmtheit verworfen. S. 156.
Einrede der Zuvielforderung theilweise begründet. S. 157.

122. Heeger wider Barrentrap . . . . 161 — 168
Klage auf Auszahlung einer Lebensversicherungs-Summe von Seiten der Inhaberin der au porteur lautenden Police (Ehefrau des verstorbenen Versicherten). S. 161 flg.
Einwand, daß der Versicherte bei Abschluß des Vertrags in wesentlichen Punkten falsche Angaben gemacht habe; Relevante Beweissätze. S. 161, 162, 166 und 167.
Natur der Schuldverschreibungen au porteur. S. 165.
Einreden wider den Rechtsbestand des darin bekundeten Geschäfts sind auch gegen dritte Besitzer zulässig. S. 165.

123. Seeger wider Lack & Consorten . . . . . . 169 — 176
Actio pro socio eines Mitpächters der Landaccise (Ges. vom 16. Juli 1839), gerichtet gegen den von der Majorität der Pächter beschlossenen Erhebungsmodus. S. 169 flg.
Abweisung der Klage wegen mangelnden, resp. nicht gehörig begründeten privatrechtlichen Interesses. S. 174.

124. Fay wider Hadh und Schott . . . . 177 — 208
Klage auf Pachtzins. — Compensations-Einrede und Widerklage des Pächters wegen aufgewendeter Reparaturkosten, resp. vertragswidrig unterbliebener Reparaturen. S. 177 flg.
Exceptio non rite adimpleti contractus im Gegensatz zur exceptio compensationis auf Grund eines aus dem Vertragsverhältniß entsprungenen Gegenanspruchs. S. 178.
Compensation wegen illiquider Gegenforderungen gegen einen liquiden Klaganspruch, insbesondere wenn solche ex eodem negotio entsprungen. S. 179.

Digitized by Google

Seite

Richterliches Ermessen, hinsichtlich ihrer Zulässigkeit, lex ult. Cod. de compens. S. 181, 205, 206 und 207.
Auslegung des Pachtvertrags hinsichtlich des darin ausgesprochenen Verzichts auf gegenseitige Entschädigungsansprüche wegen vertragsmäßig geschehener Reparaturen und Verwendungen. S. 184; sowie hinsichtlich der Vertheilung der Reparaturlast zwischen Pachter und Verpachter; Haupt- und Nebenreparaturen. S. 186, 191, 198 flg.
Entrichtung des Pachtzinses ohne Compensation des Gegenanspruchs auf Ersatz von Reparaturen, als Verzicht geltend gemacht. S. 190.
Nothdürftig genügende negative Streiteinlassung. S. 199.
Entschädigungspflicht des Vermiethers wegen versäumter Erfüllung von Vertragspflichten (unterlassene Reparaturen) bedingt durch Mahnung. S. 201.
Gegen aufgestellte Durchschnittsberechnungen (ohne Angabe der faktischen Unterlagen) ist keine specielle Einlassung zur Abwendung der Annahme des Eingeständnisses erforderlich. S. 204.

125. B. wider H. . . . . 209 — 216
Klage aus Darlehn; — Pactum de non petendo bedingt durch regelmäßige Zinsentrichtung. S. 209 flg.
Auslegung des concreten Schuldscheins; Gültigkeit des obigen Pactum. S. 214.
Unterlassung der Zinszahlung während des Prozesses unschädlich wegen mangelnder mora. S. 214 und 215.

126. Capdeville & Finke wider die Haut'sche Debitmasse . 217 — 226
Ergebniß der Beweisführung; Juramentum, delatum, decisorium oder purgatorium. S. 217 flg.
Richterliches Ermessen bei Zuerkennung des Eides im Falle gleichen Gewichts des Beweises und Gegenbeweises (Ref. I. 39. 8.) S. 224 flg.

127. W. wider W. . . . . 227 — 230
Beschwerde über Erkennung des Schieds- statt des Erfüllungs-, eventuell Reinigungseides. S. 227.
Beweisführung über die von der Ehefrau behauptete voreheliche Schwängerung durch den Ehemann. Ergebniß derselben. S. 228.

128. Fellner & Sohn wider Heeser . . . . . . 231 — 244
Forum contractus; Erfordernisse nach hiesigem Rechte. S. 231 und 235.
Forum rei sitae bei Pfandklagen; Art. 50 u. 54 der Wechselordnung und Gesetz vom 10. Januar 1837. S. 236.
Grenzen der Competenz. S. 243.
Aufrechthaltung der im Petitum weiter gehenden Klage als Pfandklage. S. 236 u. 237.
Obligationen au porteur als Waare. S. 237.
Unklare Verkaufs-Aufträge an den mit dem Auftraggeber im Contocorrent-Verhältnisse stehenden Baukier für Letzteren nicht verpflichtend. S. 237.
Zulässigkeit halbjährlichen Rechnungsabschlusses und vierteljährlichen Provisionsansatzes, sowie der Zinsberechnung aus dem zinsenbegreifenden Saldo (Zinseszinsen) unter Kaufleuten. S. 240.
Fortberechnung dieser Bankierprovision auch nach beendetem Umsatze von dem noch restirenden Schuldbetrag. S. 241.

129. Jörg wider Schwarz . . . . 245 — 256
Klage aus einem Kaufgeschäft; Kauf eines genus oder einer species. Wirkung der Besichtigung durch den Käufer. S. 247.
Stillschweigen auf Schreiben des Contrahenten bei zweifach auslegbarem Inhalte desselben nicht präjudicirlich. S. 251.
Mora accipiendi durch Bezugsaufforderung nicht durch Realisation bedingt. S. 252.
Beginn der mora nach den concreten Verhältnissen durch richterliches Ermessen festgesetzt. S. 253.
Wirkungen der mora; Uebergang des periculum; Beweislast hinsichtlich der Verschlechterung der Waare seit eingetretener mora. S. 254 flg.
Specialisirung einer generellen Beschwerde vorderer Instanz in appellatorio. S. 255.

130. Heim wider Borgnis und Consorten . . . . . 257 — 291
Klage des Verkäufers auf Zahlung; Widerklage auf Rücknahme bestellter Maschinen wegen verspäteter Lieferung und nicht accordmäßiger Beschaffenheit derselben. S. 257 flg.
Caution für die eventuelle Rückerstattung zuerkannter liquider Beträge wegen illiquider Gegenansprüche; Voraussetzungen solcher Auflage. S. 269 flg.
Dispositionsstellung von Seiten des Käufers wegen Unbrauchbarkeit der gelieferten Maschine. S. 271.

Digitized by Google

Seite

Garantie des Verkäufers für Solidität und Güte der Arbeit, in Verbindung mit der Clausel, daß die Maschine bei Ablieferung erprobt werden solle. — Sinn und Wirkung dieser Stipulation in concreto. S. 273 flg.
Zulässigkeit theilweiser Dispositionsstellung. S. 276.
Fristbestimmung zur Approbation und resp. Dispositionsstellung bei Maschinen, im Gegensatze von Waaren. S. 277 und 290.
Geleistete Abschlagszahlung und resp. Gebrauch der Maschine nicht als Approbation derselben angesehen. S. 279.
Probe „vor der Ablieferung" der Maschine hat am Lieferungsorte zu geschehen. S. 280.
Approbation von Seiten eines Mitgliedes des als Käuferin zu betrachtenden Comité's; Voraussetzung ihrer Wirksamkeit. S. 282.
Conductio operis; Beweislast hinsichtlich zugesagter Eigenschaften. S. 285.
Zeitpunkt des Uebergangs der Gefahr auf den Besteller bei vorbehaltener Approbation der Maschine. S. 286.

131. Ranke wider Lübeking . . . . 292 — 303
Exceptio non rite adimpleti contractus, resp. Dispositionsstellung der gekauften Maschine wegen Unbrauchbarkeit. S. 295 flg.
Specialisirung der Mängel, inwieweit erforderlich bei behaupteter totaler Unbrauchbarkeit der Maschine. S. 297.
Beweislast bei der exceptio non rite adimpleti contractus hinsichtlich des Vorhandenseins solcher Mängel, für welche der Verkäufer einzustehen schon gesetzlich verbunden ist. S. 299 und 303.
Zeitpunkt des Uebergangs der Gefahr auf den Besteller (locator), auch vor erfolgter Approbation der Maschine. S. 299.
Verringerung der Haftung eines Handwerkers, als conductoris operis, für die Brauchbarkeit der Maschine, wenn nach Modell bestellt und gearbeitet worden ist. S. 300.
Unsubstantiirte, resp. verspätete Beanstandung der Preisansätze. S. 301.

132. Buck wider Weyland . . . . 304 — 308
Uebersehen von Verzugszinsen im Urtheil; Unzulässigkeit der Nachforderung bei beschrittener Rechtskraft des Urtheils. S. 305 flg.

133. Dann wider Rino . . . . 309 — 316
Zurückforderung eines angeblich zuviel gezahlten Betrags auf Grund einer darüber lautenden Quittung; exceptio non numeratae pecuniae. S. 309.
Beweisantretung über diese Einrede durch die Handelsbücher des Excipienten (Journal und Cassabuch); Beilegung von Buchauszügen nicht unbedingt erforderlich. S. 313.
Beweistüchtigkeit der Handelsbücher (auch des Bankier) in Fällen nachzuweisender Zahlung. (Ref. I. 31, 12). S. 313.
Subsidiäre Natur dieses Beweismittels. S. 314.

134. Hertz wider Erlanger . . . . 317 — 320
Klage aus einem constitutum debiti proprii. S. 317 flg.
Das constitutum bildet einen selbstständigen Klagegrund; Specialisirung des ursprünglichen Schuldgrundes nicht nöthig. S. 317.
Einrede freiwilligen Verzichts (Nachlasses); schenkungsweiser Schulderlaß unterliegt den Vorschriften über die gerichtliche Insinuation. S. 319.

135. Mai wider Mayer . . . . 321 — 328
Auslegung der Stipulation „daß nach Ablauf der Bezugsfrist das Angeld verfallen sei und der Verkäufer wieder Eigenthümer der Waare werde." S. 321 flg.
Klagerläuterung. S. 323.
Recht des Verkäufers, statt der Vertragserfüllung von dem säumigen Käufer das Interesse zu fordern und über das Kaufobjekt zu disponiren. S. 324.
Gestattung des Beweises mündlicher Nebenabreden zu einem schriftlichen Vertrage. S. 325.

136. Dr. T. wider A. S. T. . . . . 329 — 334
Klage auf Rückgabe dargeliehener Staatspapiere bekämpft durch die Einrede geschehenen Verkaufs. S. 329 und 330.
Compensations-Einrede und Widerklage gerichtet auf die Valuta eines dem Wiederbeklagten vom Kläger indossirten Wechsels. — Ist als caussa des Indossements: Verkauf oder Einkassirungsauftrag anzunehmen? Beweislast. S. 331 flg.
Vermeintliche Beweismomente für und gegen die Annahme des Wechselverkaufs. S. 333 und 334.
Fruchtlieferungs-Handel, Klage des Käufers auf Lieferung und Schaden-Ersatz wegen mora des Verkäufers. S. 335.

Seite

137. Müller wider Spier . . . . 335 — 343
Retentionseinrede des beklagten Verkäufers bei mangelnder Connexität der Gegenforderung, sowie wegen der concreten Zahlungsbedingungen verwerflich. S. 338 flg.
Die Beschwerden in der Vorklage sind auf die Widerklage zu beziehen, wenn solche auf demselben Fundamente wie die Klage beruht. S. 339.
Bei der Klage auf Schadenersatz wegen mora des Verkäufers gehört die Anführung des Klägers über den Lieferungstermin nicht zum Klagegrund. S. 340.
Bedingung sofortigen Bezugs, Suspensiv- oder Resolutiv-Bedingung. S. 340.
Beweislast in Betreff der Beifügung der Resolutivbedingung. S. 341.
Neue Beschwerden in dritter Instanz verwerflich. Erforderliche Specialität der Beschwerden. S. 341.

138. J. H. B. wider S. H. B. . . . . 344 — 356
Prüfung des Beweisergebnisses. Erfüllungs-, Reinigungs- oder Schiedseid. S. 344.
Zeugenaussagen, die über die vorgelegten Fragen, resp. das Beweisthema hinausgehen, machen den Zeugen nicht verdächtig und sind vom Richter zu beachten. S. 345 und 351.
Nicht besonders enge Freundschaft mit dem Producenten bildet keinen Verdächtigungsgrund gegen den Zeugen. S. 345.
Zeitpunkt für die Vorschützung und den Beweis der Einreden gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen. S. 346.
Fallitzustand des Zeugen macht ihn nicht verdächtig. S. 347.
Zulässigkeit der Nachbringung solcher Einreden, sowie neuer Beweismittel in appellatorio mittelst des benefic. novorum in der Appellations-Instanz. Nothwendigkeit gleichzeitiger desfallsiger Beweisantretung. S. 347 und 353.
Singularitas testium adminiculans, unter welchen Voraussetzungen bildet solche vollen Beweis. S. 347.
Außergerichtliches Geständniß der Ehefrau als Beweis gegen den Ehemann geltend gemacht. Mangel des animus confitendi. S. 349.
Besseres Wissen einer Partei entscheidet bei Zuerkennung des richterlichen Eides nur bei einander gegenüberstehenden gleich starken Beweisen. S. 351.

139. Christofle & Comp. wider Baiha'sche Masse . . 357 — 371
Forderung des Principals bekämpft durch Zahlungen und Gegenforderungen an dessen Reisenden. Streit über den Umfang der Vollmacht des Letzteren. Beweislast. S. 359. Stillschweigende Bevollmächtigung durch wissentliches Geschehenlassen, daß der Agent den Titel eines Repräsentanten oder Procuristen gegenüber den Kunden annahm. S. 361. Grenzen und Bedingungen der Haftung des Principals aus solcher stillschweigender Ermächtigung. S. 364.
Bedeutung des Ausdrucks „représentant d'une maison de commerce." S. 365.
Aus Handlungen des Reisenden an dem Sitze des Principals haftet dieser nur im Falle ausdrücklicher Ermächtigung. S. 367.
Dem Kunden, welcher über den Betrag seiner Schuld hinaus Wechsel des nicht ausdrücklich hierzu ermächtigten Reisenden acceptirt, oder von demselben Wechsel auf Dritte erwirkt, haftet der Principal nicht. Exceptio propriae culpae. S. 368.
Erkundigungspflicht des Geschäftsfreundes hinsichtlich der Grenzen der Vollmacht des Reisenden. S. 369.

140. Tscheiller wider Cantador . . . . 372 — 383
Einrede der Anerkennung eines Forderungspostens, genügende Substantiirung. S. 373.
Unzureichender anticipirender Gegenbeweis. S. 374.
Irrelevante Zeitangabe in Betreff eines Rechtsgeschäfts ist nicht zum Beweise zu verstellen. S. 374.
Beweislast hinsichtlich des Grundes und Umfanges der vom Reisenden als bedungen beanspruchten Provision. S. 376.
Verzicht auf Provisions-Ansprüche. S. 375; insbesondere durch absichtliches Uebergehen eines Postens in der Schlußabrechnung. S. 377.
Beweislast hinsichtlich der Frage ob bei Berechnung der Provision des Reisenden, Retourwaaren, Sconto und Decorte abzurechnen sind. S. 379.
Klage auf Rechnungsablage muß durch bestimmte Behauptung von Geschäften, die der Rechnungspflicht unterliegen, begründet werden. S. 378.
Richterlicher Rechnungsirrthum ex officio berichtigt. S. 381.
Abweisung der Compensation liquider Forderungen mit illiquider und nicht conexer Gegenforderung. S. 382.

Seite

141. W. H. wider F. S. . . . . 384 — 389
Anspruch der Mutter gegen den unehelichen Vater auf Erstattung der für das uneheliche im Auslande (Großherzogthum Hessen) erzeugte Kind verwendeten Alimente. S. 384.
Beweislast hinsichtlich der Existenz und des Maßes der Aufwendung; richterliches Ermessen in Bestimmung des Maßes. S 387.
Statuten-Collision. S. 388.
Beweislast hinsichtlich des behaupteten von dem gemeinen Rechte abweichenden Localrechtes. S. 388. Modification derselben bei hinlänglich bekanntem Inhalte der betreffenden praktischen Rechts-Präsumtion für die Fortdauer gesetzlicher Normen. S. 388.

142. Schnepp'sche Armenstiftung wider S. Hofmann . 390 — 394
Formelle Verwerflichkeit der Appellations-Beschwerden ist von dem Oberrichter **ex officio** zu beachten. S. 391.
Beweis- und Gegenbeweisverfahren auch bei erheblichen Beweismomenten nicht abzuschneiden. S. 392.

143. L. D. wider F. C. M. W. . . . . 394 — 397
Feststellung des Ergebnisses versuchten Beweises in Verbindung mit der Eruirung des Sinnes des rechtskräftigen Urtheils. S. 395.

144. Lehmann wider Main-Dampfschiffahrts-Gesellschaft 398 — 409
Editionsgesuch des Klägers gegen den Beklagten zum Zwecke des Gegenbeweises wider des letzteren Einredebeweis. S. 399.
Erhebliches Interesse begründet keinen Editionsanspruch. S. 398.
Der Beklagte hat dem Kläger die zum Gegenbeweis wider Einreden etwa dienlichen Urkunden nicht zu ediren. S. 399.
Die processualische Editionspflicht des Klägers ist auf den Beklagten, auch hinsichtlich seiner Einreden nicht auszudehnen. S. 399.
Grenzen der durch die Praxis eingeführten Ausdehnung der Editionspflicht der Argentarien. S. 399.
Insbesondere von der Editionspflicht einer Dampfschifffahrts-Gesellschaft hinsichtlich der Verladungsbücher und Register. S. 400.
Begriff „gemeinschaftlicher" der Edition unterliegender Urkunden. S. 400. 407.
Unfähigkeit eines Zeugen wegen eigenen mittelbaren Interesses, insbesondere wegen eventuell ihn treffender Regreßpflicht. S. 401. Ueber das Maaß und die Bestimmtheit des in Betracht kommenden Interesses. S. 402.
Cautio judicatum solvi im Laufe des Prozesses auf Grund des Art. 76 der Prov.-Proz.-O. wegen drohender Gefahr für Realisirung des künftigen Urtheils (ungünstige Betriebsergebnisse der beklagten Aktiengesellschaft und zu besorgende Auflösung der Gesellschaft). S. 405.
Justification einer gestellten Provisionsrechnung und **resp.** Buchvorlage nach Jahre hindurch darüber beobachtetem Stillschweigen begehrt. S. 407.

145. Ketskenet wider Lemmé Curatoren . . . . . . 409 — 416
Verfahren bei widersprechendem Gutachten Schreibverständiger über die Aechtheit einer Unterschrift. S. 409 flg.
Entscheidung nach Ansicht der Mehrheit, neue Expertise oder Diffessions- **resp.** Reinigungs-Eid. S. 411 bis 416.
Bemangelung des Gutachtens wegen unterbliebener gemeinsamer Berathung der Experten. S. 411.
Schriftvergleichung gewährt keinen vollen Aechtheits-Beweis. S. 416.

Auszüge aus früheren Entscheidungen:

			Seite
Zu	102.	Warmbrodt wider Warmbrodt. 1829	25
„	„	Götz wider Horix. 1852	26
„	103.	Von Lersner wider Gemeinde Niedererlenbach. 1844	33
„	108.	Von Benningen wider Kirchheim. 1850	59
„	110.	Franck wider Goll. 1839	74
„	„	Wormersley wider Ansell. 1850	75
„	114.	Fay wider Faber, resp. Faber wider Buhs. 1830 . .	96
„	„	Reinach wider de Bary. 1843	97
„	117.	Meier wider Ziegler. 1829	116
„	120.	Helfrich wider Ebel. 1846	141
„	„	Junck wider Kyd. 1853	142
„	124.	du Fay wider Bernhard. 1831	205
„	„	Zimmermann wider Jäger. 1841	205
„	„	Kitz wider Schmidt. 1842	206
„	„	Rymenans wider Goldschmidt. 1840	207
„	„	Rolffs wider Strunck. 1852	207
„	126.	Clauer wider Forstamt. 1841	225
„	„	Gerold wider Pillot. 1853	226
„	130.	Releaux wider Klees & Hauser. 1840	290
„	131.	Lebling wider Gerothwohl. 1832	303
„	„	Herzfeld wider Amschel. 1850.	303
„	„	Discher wider Haußer. 1851	303
„	132.	Reinach wider Deuerling. 1847	308
„	134.	Wolff wider Rindskopf. 1835	320
„	„	Kappé wider du Fay. 1853	320
„	135.	Maas wider Mertens. 1830	326
„	„	Mumm wider Penco. 1832	327
„	„	Hallberger wider Sugenheim. 1850	328
„	138.	Weismantel wider May Erben. 1853	351
„	„	Gebr. Blavet wider Mumm. 1837	353
„	„	de l'Isle (Hartfuß) wider Münch. 1845	355
„	144.	Rolffs wider Strunck	406

100.

Anton Hartmann, Kinder, Kläger wider **Friederike Hartmann**, Beklagte, Anfechtung einer Erbtheilung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 8. Januar 1855.

In Art. I. ihrer letztwilligen Verfügung vom 23. Juni 1845 hatten die Georg Daniel Hartmann'schen Eheleute als Erben ihres Nachlasses zu je $1/3$ eingesetzt ihre beiden Söhne:

1) Anton Hartmann,

2) Peter Hartmann und

3) ihre Enkelin Friederike Hartmann, Tochter ihres verstorbenen Sohnes J. Georg Hartmann.

Daneben hatten sie im Art. II. ferner verfügt:

> „Sollte unsere Enkelin ohne Kinder versterben, so soll ihr Antheil unserer Verlassenschaft auf unsere zu Miterben eingesetzten Söhne oder deren Kinder und zwar nach Stämmen fallen. Sollte aber einer oder der andere unserer Söhne ohne Kinder (die Fassung: „oder Kinder" in der Abschrift beruht laut des eingesehenen Originaltestaments auf einem Schreibfehler) versterben, so soll sein Antheil unserer Verlassenschaft lediglich seinem zum Miterben eingesetzten Bruder oder dessen Kindern zuwachsen."

Obgleich dieser letztere Fall eingetreten, indem der Sohn Peter Hartmann ledigen Standes vor den Erblassern mit Tod abgegangen war, so ist doch laut eines im vorigen Jahr unter Zuziehung eines gerichtlich ernannten und verpflichteten Theilungsbeistands errichteten Theilungsabschiedes das zu fl. 2852. 31½ kr. ermittelte reine Nachlaßvermögen des Georg Daniel Hartmann zu zwei gleichen Hälften einerseits den Anton Hartmann'schen Kindern,

den jetzigen Klägern, und andererseits der Enkelin Friederike Hartmann, der jetzigen Beklagten, mit je fl. 1426. 15¾ kr. zugetheilt und ausgeliefert worden. Die Klage verlangt, daß Friederike Hartmann den Betrag von fl. 475. 25¼ kr. an die Kläger herauszahle, weil ihr dieser Betrag zufolge der obigen bei der Theilung übersehenen Bestimmung des Testamentes nicht gebühre.

— — — — — — — — — — — — —

Demnach wird zu Recht erkannt:

Beklagte ist schuldig, den Klägern binnen 14 Tagen zu bezahlen

a) den Betrag von fl. 475. 25¼ kr.,

b) 5 pCt. Verzugszinsen hieraus vom 11. Oct. 1854 an,

c) die verursachten Prozeßkosten.

Auf Appellation der Beklagten wurde das angefochtene Erkenntniß durch die Urtheile des Appellationsgerichts vom 19. März 1855 und des Ober-Appellationsgerichts vom 17. November 1856 bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Da die in beiden vorigen Instanzen verurtheilte Beklagte sich darüber beschwert hat, daß die Klage nicht angebrachtermaaßen oder überhaupt abgewiesen worden sei, so mußte sowohl die Begründung der Klage und ihre Liquidität als die Erheblichkeit der vorgeschützten Einreden geprüft werden.

I. Die Klage geht auf Zurückerstattung einer Geldsumme, welche die Beklagte auf Grund eines von den Partheien genehmigten und unterschriebenen Erbtheilungsvertrags ausgezahlt erhalten hat. Ihre Begründung hängt daher von der doppelten Frage ab, ob Kläger durch die Art der Theilung verletzt sind und ob die rechtlichen Voraussetzungen zur Anfechtung einer solchen Verletzung vorliegen.

1) Die Bejahung der ersten Frage unterlag nach den Behauptungen der Klage nicht dem mindesten Zweifel. Danach ist der Beklagten die Hälfte des großväterlichen Nachlasses ausgeantwortet worden, während sie in dem Testament des Erblassers vom 23. Juni

1845 zu ⅓ eingesetzt, von dem Anwachsen der im Jahre 1848 durch den Tod des gleichfalls zu ⅓ eingesetzt gewesenen Peter Hartmann vacant gewordenen Erbquote durch die Substitution des Anton Hartmann und seiner Kinder (der jetzigen Kläger) ausgeschlossen werden war. Völlig unhaltbar ist es, wenn die Beklagte, auch noch in jetziger Instanz, bestreitet, daß Sinn und Absicht des Testamentes wirklich auf diese Ausschließung des Anwachsungsrechtes gegangen sei. — Der § 2 des Testamentes verfügt mit ausdrücklichen, einer anderen Deutung gar nicht fähigen Worten, daß, wenn der eine der beiden damals noch lebenden Söhne (Anton und Peter) ohne Kinder versterben sollte, was hinsichtlich des Peter Hartmann eingetreten ist, dessen Antheil lediglich seinem Bruder oder dessen Kindern — also nicht der unmittelbar vorher erwähnten Enkelin, der jetzigen Beklagten — zuwachsen solle. Dieser klaren Vorschrift gegenüber können die von der Beklagten angeführten Umstände, daß der Testater durch Ausschließung der Mutter der Beklagten von jeder Theilnahme an der Erbschaft nur den Vortheil der Beklagten selbst bezweckt, und daß er dieselbe der Mutter abgenommen und bei sich selbst erzogen habe, gar nicht in Betracht kommen. Denn wenngleich diese Umstände in § 3 des Testaments Unterstützung finden, so ergeben sie doch nichts weiter, als daß der Beweggrund des Testators zu einer Zurücksetzung der Beklagten nicht ersichtlich ist, und könnte man selbst dadurch zu einem Zweifel über die Absicht des Testators veranlaßt werden, so würde derselbe doch bei der ausdrücklichen und bestimmten Vorschrift des § 2 unberücksichtigt bleiben müssen.

l. 25. § 1. D. de legatis III. (32)

Wenn aber die Beklagte insbesondere geltend macht, die Absicht der Gleichstellung aller eingesetzten Erben sei in § 5 des Testaments ausgesprochen, und hierdurch sei (eventuell) der § 2 für wiederaufgehoben zu achten, so bedarf dieß keiner Widerlegung, da die in § 5 erwähnte Gleichhaltung der Erben lediglich als Motiv für die der Beklagten auferlegte Collationspflicht vorkommt, hier also nur von einer die Größe der Erbquoten gar nicht berührenden relativen Gleichhaltung die Rede ist.

2) Auch die zweite Frage mußte unbedenklich bejaht werden.

Zunächst ist gewiß, daß hier nur eine außergerichtliche Theilung in Rede steht, d. h. eine solche, welche durch Vertrag der Betheiligten, nicht durch richterliches Urtheil geordnet ist, daß also alle die Beschränkungen der Anfechtungsbefugniß, welche im letzten Fall aus der Wirkung der Rechtskraft folgen, gar nicht in Betracht kommen können. Auch kann es ganz dahingestellt bleiben, inwieweit ein Theilungsvertrag durch gerichtliche Bestätigung eine größere Festigkeit zu erlangen vermag, da der vorliegende Theilungsreceß von dem Stadtgericht II. nur zu den Acten genommen, aber nicht gerichtlich bestätigt worden ist, und auch die hinzugekommene obervormundschaftliche Genehmigung sich ausschließlich auf einen einzelnen Punkt bezieht, welcher jetzt nicht in Frage steht. Daß aber die wegen der betheiligten Minderjährigen erfolgte Zuziehung eines verpflichteten Theilungsbeistandes irgend etwas an dem Umfang der Anfechtungsmittel gegen den Vertrag ändern sollte, dafür fehlt es an jedem Rechtsgrund. Es kam daher nur auf die allgemeinen Rechtsregeln an, welche für die Anfechtung jeder außergerichtlichen Theilung eintreten.

Die auf verschiedener Auslegung der

l. 3. C. commun. utr. jud. (3, 38)

beruhende gemeinrechtliche Streitfrage, ob ein Theilungsvertrag bloß wegen einer Verletzung über die Hälfte, oder auch wegen jeder geringeren Verkürzung angefochten werden könne, bezieht sich lediglich auf den Fall, wenn in Ansehung des Werthansatzes der den Interessenten bei der Theilung zugewiesenen reellen Objecte eine Uebervortheilung Statt gefunden haben soll. Was dagegen die Regel betrifft, welche über die Anfechtung der Verträge überhaupt aus allgemein dazu geeigneten Gründen, z. B. wegen Zwangs, Betrugs oder Irrthums, gelten, so wird deren Anwendung auf den Theilungsvertrag durch jene Streitfrage gar nicht berührt. Die Zulässigkeit einer solchen Anfechtung wird allgemein, auch von Denen, welche bei unrichtiger Schätzung nur eine Verletzung über die Hälfte berücksichtigt wissen wollen, ausdrücklich anerkannt.

Vergl. Stryk usus. mod. X. 2. § 7.
Voet comment. X. 2. § 34. 35.

Berger oecon. jur. lib. III. tit. 6. th. 3. not. 9.
Thibaut, Pandect. (ed. 7.) § 729 in fin.
Mühlenbruch, Pandect. III. § 719.

Wenn daher das Frankfurtische Recht jene Streitfrage gleichfalls zu Gunsten der strengeren Ansicht entschieden hat,

Reform. Th. VI. Tit. 4. § 8.

so ist damit an der Befugniß, einen Theilungsvertrag wegen eines nach allgemeinen Grundsätzen dazu geeigneten Irrthums anzufechten, nichts geändert, wie dieß auch von den Schriftstellern über Frankfurtisches Recht übereinstimmend angenommen wird.

Orth, Anmerk. Forts. III. S. 106.
Adlerflycht, Privatr. § 346 in fin.
Bender, Handb. S. 617.
Souchay, Anmerk. Bd. II. S. 1105.

Im vorliegenden Falle konnte es aber keinem Zweifel unterliegen, daß der in der Klage behauptete Irrthum schon nach den allgemeinen Grundsätzen das Recht gab, den Vertrag als unverbindlich anzufechten.

a) In einem Theilungsvertrage sind zweierlei Bestimmungen zu unterscheiden; diejenigen, welche das unter den Interessenten bereits bestehende Rechtsverhältniß wiedergeben, und diejenigen, welche auf diese Grundlage hin die Art und Weise der Auflösung der Gemeinschaft festsetzen. Nur die letzteren sind wirkliches Ergebniß der Willkür und wechselseitigen Verständigung der Interessenten, die ersteren dagegen sind nur der Ausdruck dessen, was als bereits bestehend und die Interessenten bindend vorausgesetzt wird. Dahin gehört namentlich die Größe der den Einzelnen zustehenden Quoten an dem gemeinschaftlichen Gegenstande: der Theilungsmaßstab. — Soweit nun die stipulirten Leistungen auf einer vorausgesetzten Grundlage der Art beruhen, werden die entsprechenden Zusagen nur darum gemacht, weil die Interessenten sich einander dazu **verpflichtet** erachten. Daraus folgt aber, daß, wenn über die vorausgesetzte Grundlage ein entschuldbarer Irrthum obwaltete, mit der **condictio indebiti** sowohl die dadurch veranlaßte vertragsmäßige Zusage angefochten, als die in Folge derselben gemachte Leistung zurückgefordert werden kann,

vergl. l. 5. § 1. D. de act. emti (19, 1)
l. 1. pr. D. ut in poss. legat. (36, 4)

und dieß muß also insbesondere dann gelten, wenn ein Interessent aus Irrthum über den wahren Theilungsmaßstab dem andern Interessenten einen größern Erbtheil zusagte und auskehrte, als ihm wirklich gebührte. Bedürfte es hierfür noch einer besondern Bestätigung, so würde diese in

l. 36. in fin. D. fam. hercisc. (10, 2)

zu finden sein, wo Demjenigen, welcher außergerichtlich mit einem Andern theilte, den er irrig für seinen Miterben hielt, die condictio indebiti auf Rückgabe der abgetretenen Erbschaftssachen zugesprochen wird. Denn ob Jemand einen Andern irrig für seinen Miterben hält, der es gar nicht ist, oder ob er ihn zu einem größern Antheil, als ihm gebührt, für seinen Miterben hält, steht sich in Bezug auf den Rechtsgrund der condictio indebiti ganz gleich;

vergl. Voet, l. c. § 34.

in dem einen wie in dem andern Fall ist die Zusage der Ausantwortung des nicht gebührenden Erbtheils nicht das Product freier Uebereinkunft, sondern des irrigen Glaubens, zu solcher Zusage und Ausantwortung verpflichtet zu sein, wie dieß am Schlusse jener Gesetzstelle treffend als Motiv der Entscheidung ausgedrückt ist: non enim transactum inter eos intelligitur, cum ille coheredem esse putaverit.

b) Die vorliegende Klage stützt sich nun auf einen im Theilungsreceß zu Grunde gelegten unrichtigen Theilungsmaßstab, und entspricht auch sonst nach den Angaben der Kläger, welche in den schon beim Klaglibell in Bezug genommenen Acten des Stadtgerichts II. ihre nähere Erläuterung finden, den Bedingungen der condictio indebiti, selbst nach ihrer engsten Begrenzung. Denn es wird behauptet, man sei bei Anfertigung des Theilungsrecesses dadurch zu jenem Theilungsmaaßstab gelangt, daß man die obenerwähnte Bestimmung in § 2 des großväterlichen Testaments übersehen habe. Der Fehler soll also durch Unkenntniß einer letztwilligen Verfügung, somit durch einen factischen Irrthum veranlaßt worden sein; und dieser Irrthum stellt sich den Umständen nach als ein völlig entschuldbarer dar. Sowohl der großjährige Mitkläger Georg

Daniel Hartmann, wie dessen Mutter als Vertreterin ihrer minderjährigen Kinder, durften unbedenklich dem Theilungsbeistande — — das Vertrauen schenken, daß derselbe vermöge seiner Pflicht das Interesse jener minderjährigen Kinder wahrzunehmen, die ganze Sachlage gehörig geprüft haben werde. Wenn sie daher die im Vorbericht des Theilungsrecesses aufgenommene Bemerkung, das fragliche Testament habe die Intestaterbfolge bestätigt, ohne Weiteres für wahr hielten und nicht selbst erst eine genauere Durchsicht und Prüfung des Testamentes vornahmen, so kann ihnen dieß in keiner Weise als Verschuldung angerechnet werden, und zwar um so weniger, als dieselbe Bemerkung schon in dem Inventur-Protocoll vom 10. Februar 1852 von dem Gerichtssecretär niedergelegt worden war, und die bei Aufnahme dieses Protocolls anwesenden Interessenten, zu denen der Vater der jetzigen Kläger gehörte, auf beglaubigte Abschriften des Testaments verzichteten, so daß ihnen der genauere Inhalt desselben, wenn sie es überhaupt damals selbst eingesehen hatten, leicht aus dem Gedächtniß entschwinden mußte. Sollte auch die Wittwe Hartmann, wie die Beklagte in der Duplik behauptet, eine Abschrift des Testaments besessen haben, so würde dadurch allein offenbar die aus den angeführten Umständen hervorgehende Entschuldbarkeit des Irrthums nicht beseitigt werden.

Ist aber hiernach die condictio indebiti durch einen dazu geeigneten Irrthum begründet, so folgt von selbst die Verwerflichkeit des Antrags der Beklagten: die Klage angebrachtermaaßen abzuweisen, weil der Theilungsreceß nur im Wege der Restitution hätte angefochten werden können, diese aber nicht in der gehörigen Weise nachgesucht worden sei, eventuell doch den großjährigen Mitkläger Georg Daniel Hartmann abzuweisen; sowie des ferneren Antrags, die Klage deßhalb, weil keine Verletzung über die Hälfte vorliege, noch auch behauptet sei, gänzlich abzuweisen.

II. Die Klage mußte aber auch für bereits liquid erachtet werden.

Die Beklagte hat von sämmtlichen, der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen nur folgende zwei geläugnet:

1) daß bei der fraglichen Erbtheilung der § 2 des Testaments übersehen worden sei;

2) daß die Beklagte nur $\frac{1}{3}$ des Nachlasses habe erhalten sollen;

indem die in der Exceptionsschrift sonst noch in Abrede gestellten Punkte nur rechtliche Folgerungen betreffen, und der in der Duplik geläugnete Umstand, daß der Wittwe Hartmann keine Abschrift des Testaments mitgetheilt sei, nach dem Obigen unerheblich ist.

Die Bestreitung des Punkts unter 2) gründet sich aber lediglich auf die oben widerlegte Interpretation des letzten Willens und kann daher nicht weiter in Betracht kommen, indem die Existenz der fraglichen Testamentsbestimmung keineswegs in Abrede gestellt, vielmehr nach dem hier zu Grunde gelegten Wortlaut, wie er sich in der in den adjungirten Acten des Stadtgerichts II. enthaltenen Testaments-Abschrift befindet, in zweiter und dritter Instanz ausdrücklich eingeräumt worden ist. Actenwidrig aber ist es, wenn die Beklagte in jetziger Instanz geltend macht, der von ihr excipiendo aufgestellten Interpretation des letzten Willens sei von den Klägern nicht gehörig widersprochen worden. Das Gegentheil ergibt sich aus S. 3 flg. der Replik.

Was den Punkt unter 1) (den Irrthum) betrifft, so kann dahingestellt bleiben, welche Ansicht in dieser Beziehung über die Beweislast bei der condictio indebiti als die richtige anzuerkennen ist. Denn jedenfalls mußte hier der Beweis für die Kläger bereits als vollständig erbracht angesehen werden, weil in dem von den Interessenten, auch von der Beklagten selbst, unterzeichneten Theilungsreceß ausdrücklich ausgesprochen ist, das großelterliche Testament habe die Intestaterbfolge bestätigt, was nicht hätte gesagt werden können, wenn man nicht allseitig den § 2 des Testaments unbeachtet gelassen hätte. Zwar hat die Beklagte sowohl in erster, als jetziger Instanz die Behauptung aufgestellt, beide Partheien hätten recht gut gewußt, daß der § 2 des Testaments den Erbtheil der Beklagten gar nicht habe beschränken sollen, und daß er eventuell durch den § 5 wieder aufgehoben sei, und hätten deßhalb keinen Anstand gegen den Theilungsreceß erhoben. Allein diese Behauptung — auf welche das vorhin erwähnte actenwidrige Vorgeben, es sei ihr von den Klägern nicht gehörig widersprochen worden, mit erstreckt worden ist — ist zunächst nicht genügend substantiirt, um

etwa als Grundlage eines nachzulassenden Einredebeweises dienen zu können. Denn nicht etwa auf Grund specieller Thatsachen (z. B. Aeußerungen des Testators), welche bestimmt einen von dem Wortlaut des § 2 abweichenden Willen bekundeten, sondern lediglich als Folgerung aus der oben als offenbar unrichtig gezeigten Interpretation des Testaments ist die fragliche Behauptung aufgestellt worden. Wollte man aber auch hiervon absehen, so stellt sich die Behauptung doch als entschieden widerlegt dar, weil sie unvereinbar ist mit der Bemerkung des Theilungsrecesses, daß das Testament die Intestaterbfolge bestätigt habe, denn nicht das Testament, sondern die freiwillige Anerkennung eines mit dessen Inhalt in Widerspruch stehenden Willens, ein entschiedener Verzicht der klägerischen Parthei auf den im Testament bestimmten Theilungsmaßstab hätte dann als Anlaß für die Befolgung der Regeln des Intestaterbrechts angeführt werden müssen.

III. Was endlich die von der Beklagten vorgeschützten Einreden betrifft, so könnte dahin

1) die Behauptung gezählt werden, daß die Verfügung in § 2 des fraglichen Testaments ungültig sei, obwohl diese Behauptung nicht als besondere Einrede hervorgehoben worden ist. Soweit dieselbe indessen in erster Instanz daraus hergeleitet wurde, daß der § 2 (nach dem damals vorausgesetzten Text: „einer unserer Söhne oder Kinder") eine unzulässige Enterbung enthalte, ist sie in zweiter Instanz ausdrücklich aufgegeben worden. Und soweit sie darauf gestützt worden ist, daß der § 2 dem wahren Willen des Testators nicht entsprochen habe, oder durch § 5 wieder aufgehoben sei, hat sie bereits in der obigen Ausführung ihre vollständige Widerlegung gefunden.

2) Die Einrede der abgemachten Sache besteht lediglich in der Bekämpfung der Zulässigkeit einer Anfechtung des abgeschlossenen Theilungsrecesses außer im Wege der Restitution, und ist daher gleichfalls durch die obigen Ausführungen schon beseitigt.

3) Die Einrede des Vergleichs ist augenscheinlich unbegründet, da der Theilungsreceß klar ergibt, daß nur über einen speciellen Punkt, ein von der Großmutter der Partheien angeordnetes conferendum, nicht aber über die Größe der Erbschaftsquoten, weder im

Allgemeinen, noch etwa in besonderer Beziehung auf jenes conferendum ein Vergleich unter den Partheien verhandelt und abgeschlossen worden ist.

4) Die Einrede des Verzichts stützt sich, soweit sie nicht mit der des Vergleichs zusammenfällt, lediglich auf die am Schlusse des Theilungsrecesses hinzugefügte Entsagung der Partheien auf alle Einreden, deren Wirkungslosigkeit in dieser Allgemeinheit keiner Auseinandersetzung bedarf.

Es ergibt sich hieraus zugleich, daß keine dieser Einreden einen Stoff zu einer Beweisauflage darbot, daher auch der eventuell hierauf gerichtete Antrag der Beklagten verwerflich erscheint.

Die vorigen Erkenntnisse mußten daher durchgängig bestätigt werden. Auch konnte die Sache in keiner Weise in der Art für zweifelhaft gehalten werden, daß dadurch eine Compensation der Prozeßkosten hätte begründet werden können. Ebenso fehlt es an jedem Grunde zu einer Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz.

101.

Adolph Mayer in Carlsruhe, Kläger und Widerbeklagter gegen **Moritz Lion**, Beklagten und Widerklägern, Kauf von Hopfen betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 10. September 1855.

In Erwägung,

1) daß laut Protocolls vom 29. Januar 1855 Caution geleistet ist;

2) daß die Klage die längstens bis zum 10. Oct. 1854 zugesagte Lieferung von 134 Ballen alten Hopfens im Gesammtgewichte von 184 — 187 Zollcentnern mit 5 pCt. Tara auf den Zollcentner zum Kaufpreise von fl. 16. 30 kr. für den Zollcentner zum Gegenstande hat;

3) daß laut des vorerwähnten Protocolls am 25. und 26. Jan. 1855 Lieferung, Empfang und Bezahlung von 133 Ballen und einem Stumpf alten Hopfens im Gewicht von beiläufig 166½ Zollcentnern Statt gefunden hat unter Vorbehalt der beiderseitigen Rechtszuständigkeiten im Uebrigen;

4) daß Beklagter von dem 134sten Ballen alten Hopfens im unbestrittenen Netto-Zollgewicht von 133½ ℔ die laut des Expertenberichts mustermäßigen ⅔ mit 89 ℔ zu Klägers Verfügung hält;

5) daß Kläger zu dem Beweise seiner bestrittenen Behauptung, das Gewicht der 134 Ballen alten Hopfens sei ihm von dem Beklagten zu 184 — 187 Zollcentner garantirt, d. h. es sei ihm diese Centnerzahl alten Hopfens verkauft worden, zuzulassen ist;

6) daß, falls Kläger diesen Beweis erbringt, der Beklagte angehalten werden muß, die noch fehlende Centnerzahl durch weitere Lieferung zu ergänzen, auch dem Kläger allen durch die Nichtlieferung erweislich zugefügten Schaden zu ersetzen;

7) daß die Widerklage von dem Ausgange der Vorklage abhängt, da Kläger, insofern er obigen Beweis führt, nicht verbunden war, die ihm am 28. Sept. 1854 angebotenen circa 168 Centner statt der vertragsmäßigen 184 — 187 Centner anzunehmen, und daß ihm die im Laufe dieses Prozesses geschehene Annahme des minderen Betrags in Gemäßheit der dabei eingelegten Verwahrung im Uebrigen nicht präjudicirt;

8) daß dagegen der Widerbeklagte, falls er obigen Beweis nicht erbringt, auch noch die unter 4) oben erwähnten 89 ℔ alten Hopfens zu beziehen und mit fl. 14. 37 kr. zu bezahlen hat, und sich seit der Realoblation vom 28. Sept. 1854 in mora accipiendi befindet, indem seine Ausstellung gegen die Mustermäßigkeit des Hopfens laut des Expertenberichts bis auf ein minimum (⅛ eines einzigen von 134 Ballen) ungegründet gewesen ist;

9) daß von den Gegenansprüchen des Widerklägers eventualiter als liquid zu erkennen sind:

a) 5 pCt. Verzugszinsen seit dem 28. Sept. 1854 aus dem Betrage von fl. 2445. 44 kr. bis zum 25. Jan. 1855, wo sie entrichtet werden, und aus dem vorerwähnten Betrage von fl. 14. 37 kr. bis zum Tage der erfolgenden Zahlung; — — —

10) daß im Uebrigen dem Widerkläger seinem Antrage gemäß die Liquidation weiterer Schäden, somit namentlich wegen des beanspruchten Mehrbetrags des Lagergeldes bis zu 1 kr. täglich pro Ballen, sowie wegen der Feuerversicherungsgelder für den eintretenden Fall vorzubehalten wäre,

wird für Recht erkannt:

1) Kläger hat binnen 14tägiger Frist, vorbehaltlich des Gegenbeweises, rechtsgenügend darzuthun,

daß ihm Beklagter das Gewicht der verkauften 134 Ballen alten Hopfens zu 184 — 187 Zollcentnern garantirt habe.

2) Führt Kläger diesen Beweis, so ist Beklagter, unter Verwerfung seiner Widerklage, schuldig, die Lieferung alten Hopfens an den Kläger bis zum Gewichtsbetrage von 184 Zollcentnern zum Preise von fl. 16. 30 kr. für den Zollcentner mit 5 pCt. Tara zu ergänzen, auch dem Kläger allen durch

die Unterlassung vertragsmäßiger Lieferung erweislich verursachten Schaden zu ersetzen.

3) Erbringt dagegen Kläger obigen Beweis nicht, so ist er, unter Verwerfung seiner Klage, als Widerbeklagter schuldig, die mustermäßigen $^2/_3$ des 134sten Ballens alten Hopfens von 89 ℔ noch zu beziehen und dem Widerkläger mit fl. 14. 37 kr. sammt 5 pCt. Verzugszinsen seit dem 28. Sept. 1854 zu bezahlen, ferner demselben aus fl. 2445. 44 kr. Verzugszinsen zu 5 vom Hundert für die Zeit vom 28. Sept. 1854 bis zum 25. Jan. 1855 zu entrichten, endlich dem Widerkläger alle durch seine Weigerung des Empfangs der Waare verursachten Schäden und Kosten, namentlich die bereits liquiden obigen Beträge von fl. 4. 24 kr. und fl. 12. 22$^1/_2$ kr., sowie $^1/_2$ kr. täglich pro Ballen für 133 Ballen vom 28. Sept. 1854 bis zum 25. Jan. 1855 und für einen Ballen vom 28. Sept. 1854 an bis zum Tage des Beziehens und Bezahlens desselben, im Uebrigen aber nach vorgängiger Liquidation zu erstatten.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 14. December 1855.

Auf Appellation des Beklagten.

Die erste Beschwerde ist unbegründet, denn — — —

Dagegen ist

2) nach der von dem Ober-Appellationsgericht mehrfach ausgesprochenen Rechtsansicht die zweite Beschwerde begründet, da es sich hier von theilbaren Quantitäten handelt und der Kläger nirgends behauptet hat, daß und welches specielle Interesse für ihn obgewaltet habe, nur das Ganze anzunehmen. Die sofortige Verurtheilung des Klägers als Widerbeklagten nach Maßgabe des stadtgerichtlichen Erkenntnisses unter 3) ist hiermit von selbst gegeben.

Es wird daher — — unter Vergleichung der Kosten der gegenwärtigen Instanz im Uebrigen abändernd erkannt:

daß der Kläger als Widerbeklagter sofort und ohne Rücksicht auf den ihm nachgelassenen Beweis zur Leistung desjenigen verpflichtet ist, wozu er unter 3) des stadtgerichtlichen Erkenntnisses eventuell verurtheilt worden, außerdem aber die in voriger Instanz in der Widerklage entstandenen Kosten allein zu tragen, resp. dem Widerkläger zu erstatten hat.

Auf Appellation des Klägers wurde vorstehendes Erkenntniß durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 29. Nov. 1856 bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Da das Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 14. December vorigen Jahrs am 20sten desselben Monats den Partheien behändigt worden ist, so würde die zur Einführung und Rechtfertigung der Appellation vorgeschriebene Frist am 14. Februar dieses Jahres abgelaufen und das am 15. Februar eingeführte Rechtsmittel, wenngleich der Gegner einen deßfallsigen Antrag nicht gestellt hat, für desert zu erklären sein. Es war jedoch von einer desertoria abzusehen, da die bei dem betreffenden Procurator des Klägers und Kanzlisten erhobenen amtlichen Erklärungen es außer Zweifel stellen, daß die Schrift am 14. Februar überreicht ward, und das Praesentatum vom 15. Februar auf einem Irrthum beruht.

In der Sache selbst verlangt der Kläger und Widerbeklagte mittelst seiner ersten und zweiten Beschwerde jetziger Instanz die Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 10. Sept. vorigen Jahres, welches in pos. 3 die Verurtheilung des Widerbeklagten in den für liquide erachteten Theil der von dem Beklagten und Widerkläger geltend gemachten Schadensforderung davon abhängig gemacht hatte, daß der Kläger den ihm in der Vorklage auferlegten Beweis einer in Betreff des Gewichts der 134 Ballen alten Hopfens übernommenen Garantie nicht erbringen würde; dem vorgängig also die Aufhebung des von dem Appellationsgericht am 14. December vorigen Jahres gefällten Urtheils, welches den Wider-

beklagten ohne Rücksicht auf gedachten Beweis zu sofortiger Berichtigung der gedachten liquide gestellten Summe, sowie der durch die Widerklage entstandenen Kosten für verbunden erklärt hat. Diesem Verlangen konnte jedoch nicht entsprochen werden.

Denn auch dann, wenn der Kläger den Beweis erbringt, es sei ihm ein Gewicht der verkauften 134 Ballen alten Hopfens zu 184 — 187 Zollcentner garantirt worden, war der Kläger nicht befugt, die ihm von dem Beklagten am 28. September 1854 angebotenen circa 168 Centner zurückzuweisen. Der Grundsatz nämlich, ein Käufer sei berechtigt, eine theilweise Lieferung der gekauften Sache ohne Weiteres zurückzuweisen, ist in seiner Allgemeinheit im kaufmännischen Verkehr unrichtig: diese Berechtigung tritt vielmehr nur dann ein, wenn entweder Natur und Beschaffenheit des verkauften Objects es mit sich bringen, dasselbe als ein untheilbares Ganze anzusehen, ein Fall, welcher bei einem Verkauf vertretbarer Sachen nicht eintritt, oder wenn der Käufer ein specielles Interesse nachzuweisen vermag, nur das Ganze anzunehmen. — Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht theils

l. 47. § 1. D. 4. 4.

und insbesondere die Analogie des bei der Wandelungsklage geltenden Satzes, daß ein Käufer, wenn sich ein Theil der angekauften Sachen als fehlerhaft ausweist, nicht sämmtliche Sachen, sondern nur den fehlerhaften Theil derselben zu redhibiren berechtigt ist, falls nicht besondere Gründe eine Trennung des Fehlerfreien von dem Fehlerhaften unzulässig machen,

l. 38. § 42. D. 21. 1.

und es können die für den allgemeinen Satz, daß kein Schuldner berechtigt sei, die Annahme einer theilweisen Erfüllung seiner Verbindlichkeit von dem Gläubiger zu verlangen, angeführten Stellen

l. 13. § 8. D. 19. 1.
l. 57. pr. D. 21. 1.
l. 41. § 1. D. 22. 1.
l. 9. C. 8. 43.

wider die Zulässigkeit obgedachter Beschränkung des Satzes nicht in Betracht kommen.

In dem vorliegenden Falle nun liegt kein Grund vor zu der Annahme einer der Seite 4 und 5 dieser Entscheidungsgründe hervorgehobenen Ausnahmen. Weder bringt es die Beschaffenheit des Gegenstandes mit sich, ihn als ein untheilbares Ganze anzusehen, noch ist von dem Käufer ein specielles Interesse zeitig — weil nicht in den früheren Instanzen vorgebracht — und in ausreichender Weise geltend gemacht, welches ihn hätte berechtigen können, nur das Ganze anzunehmen.

Ueberdieß war der Käufer zu dem von ihm gestellten Verlangen um deßwillen nicht befugt, weil nach

l. 21. D. 12. 1 und
l. 78. pr. D. 31.

die Regel, daß Stückzahlung unstattnehmig sei, jedenfalls dann eine Ausnahme leidet, wenn ein Theil der Schuld noch illiquide ist. Denn dann können Gläubiger und Schuldner verlangen, daß der liquide Theil resp. ausgezahlt und angenommen werde — ein Fall, welcher hier jedenfalls zutrifft.

Ob Kläger bei seiner Weigerung, den Hopfen zu empfangen, sich in gutem Glauben befunden habe, ist ohne Bedeutung. War er, wie nach obiger Ausführung anzunehmen ist, zur Annahme des angebotenen Quantums verpflichtet, so schützt ihn seine Meinung, er sei dazu nicht verbunden, nicht vor den Rechtsfolgen rechtswidriger Weigerung.

Die Verbindlichkeit des Klägers und Widerbeklagten, die Kosten der Widerklage zu tragen, ist eine Folge seiner Verurtheilung in die liquide gestellten Posten, unter Berücksichtigung, daß durch dasjenige, was noch illiquide ist, besondere Kosten nicht erwachsen sind.

Bei der Vergleichung der Kosten voriger Instanz mußte es, der dritten Beschwerde jetziger Instanz ungeachtet, wegen Wechsels der Erkenntnisse in einem Hauptpunkte verbleiben, und die Kosten jetziger Instanz treffen den Kläger als unterliegenden Theil.

102.

Johann Peter Söldner, Kläger und Widerbeklagter, jetzt Product, Producent, Reproducent wider **Johann Heinrich Hitzel,** Beklagten und Widerklägern, jetzt Producten, Producenten, Reproducten, nachbarliche Irrungen betreffend. *)

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 9. December 1856.

I. Das Begehren des Klägers, daß die gegenwärtige Appellation des Beklagten wegen mangelnder Angabe der Beschwerden in der Einwendungsschrift als desert zurückgewiesen werde, ist unbegründet. — Allerdings besteht die gesetzliche Vorschrift, daß die Appellations-Einwendung gegen Interlocute, die nicht wesentlich in die Definitiv-Entscheidung eingreifen, bei Vermeidung der Desertion des Rechtsmittels eine spezielle Anführung der Beschwerden enthalten soll:

cap. I. D. appell. in C^{to} (2. 15.) Clem. 5. eod. (2. 12.)
cf. Monatliche Bekanntmach. des O. A. Ger. vom October 1841.

Allein diese Vorschrift ist ihrem ganzen Zwecke nach — welcher darin besteht, dem Unterrichter Gelegenheit zur sofortigen Abänderung seiner eigenen Verfügung zu geben — auf solche Zwischenbescheide nicht zu beziehen, wodurch ein Streitpunkt nach vorgängiger Anhörung beider Theile zuständigerweise entschieden worden ist, und findet im vorliegenden Fall um so weniger Anwendung, als einzelne Theile des angefochtenen Erkenntnisses, wie z. B. die Verwerfung gewisser, den Zeugen vorzulegender Fragen und die Zurückweisung eines bestimmten Sachverständigen allerdings geeignet sind, auf die endliche Entscheidung einen wesentlichen Einfluß zu üben. Hat aber

---

*) Siehe diese Sammlung Band II. Seite 96.

die angegriffene Sentenz überhaupt nicht den Charakter eines Interlocuts, auf welches die angeführte Vorschrift Anwendung erleidet, so kann es darauf nicht ankommen, ob etwa einzelne der Beschwerden gegen solche Punkte gerichtet sind, die der vorige Richter selbst hätte abändern können, oder die einen Einfluß auf das Definitiv-Urtheil zu üben nicht geeignet sind. — Ebenso unbegründet ist es dagegen auch

II. wenn Beklagter verlangt, daß die Appellation des Klägers in voriger Instanz, weil dieser die Beibringung von Acten-Abschriften in Gemäßheit § 55 des Gesetzes vom 7. November 1848 unterlassen, für unzulässig erklärt und deßhalb das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 4. Februar dieses Jahres seinem ganzen Umfange nach wiederhergestellt werde. Die Besorgung von Acten-Abschriften in den Fällen, wo der Appellation der Suspensiv-Effect versagt ist, bildet nicht eine Bedingung für die Annahme des Rechtsmittels, sondern wird erst dann nöthig, wenn eine deßfallsige richterliche Auflage erlassen worden ist, und selbst die Nichtbefolgung einer solchen Auflage würde nicht sofort, sondern erst nach spezieller Androhung des entsprechenden Präjudizes die Desertion der Berufung zur Folge haben können.

III. Die zweite Beschwerde des Beklagten ist gegen die in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Erkenntnisses unter II. sich findende Aeußerung gerichtet, daß gewissen, nach der Entscheidung unter I. zugelassenen Fragen an die Zeugen voraussichtlich nur geringe Relevanz zuzuerkennen sein werde. Diese Aeußerung ist jedoch, da die Fragen zugelassen worden sind, überall nicht Theil der eigentlichen Entscheidung geworden; die dawider erhobene Beschwerde erscheint daher als unstatthaft.

IV. Die erste und dritte Beschwerde sind darüber erhoben, daß mehrere von dem Beklagten für die Zeugen aufgestellte Fragepunkte, welche das Stadtgericht vermöge der allgemeinen Disposition unter I. seines Erkenntnisses vom 4. Februar laufenden Jahres zugelassen hatte, durch die Aussprüche unter 1. und 2. des angefochtenen Erkenntnisses verworfen worden sind. Diesen Beschwerden mußte deßhalb entsprochen werden, weil die vom Kläger in voriger Instanz über die Zulassung jener Fragepunkte erhobenen Gravamina II.

und III. für unstatthaft zu erachten waren, und es aus diesem Grunde bei der fraglichen Disposition des Stadtgerichts hätte belassen werden sollen. Diese letztere enthält Nichts als die Verfügung, daß die Zeugen- und Gegenbeweiszeugen über die bezüglichen Beweis- und Gegenbeweispunkte mit Vorbehalt aller Einreden abzuhören seien. Daß hiermit nicht nur Einwendungen gegen die Person der Zeugen, sondern auch Ausführungen gegen die Erheblichkeit der Aussagen derselben im vollen Umfange vorbehalten worden, ergibt sich aus der unter I. der Entscheidungsgründe gebrauchten Wendung, woraus deutlich zu entnehmen steht, daß es durchaus nicht die Absicht gewesen, über die Relevanz der zugelassenen Fragepunkte in definitiver und bindender Weise sich auszusprechen. Auf ein derartiges Erkenntniß aber findet die Bestimmung in § 54 des Gesetzes vom 7. November 1848 Anwendung, derzufolge gegen Zulassung von Zeugen mit Vorbehalt aller Einreden keine Berufung stattfindet. Diese gesetzliche Bestimmung nur auf solche Erkenntnisse zu beziehen, welche Einreden gegen die Person der Zeugen vorbehalten, nicht aber auf solche, welche die Beurtheilung der gegen die Relevanz der Thatsachen, über welche Jene aussagen sollen, vorgebrachten Einwendungen einer spätern Entscheidung aufbewahren, liegt kein genügender Grund vor. Dagegen sprechen vielmehr

1) die ganz allgemein lautenden Worte: „Zulassung von Zeugen mit Vorbehalt **aller** Einreden," welche ebensowohl den einen, wie den andern der eben erwähnten Fälle begreifen;

2) daß ein Verständniß im Sinne dieses allgemeinen Wortlauts der unverkennbaren Tendenz des Gesetzgebers entspricht, durch Abschneidung unnöthiger Appellationen auf Verkürzung und Vereinfachung der Rechtsstreite hinzuwirken. Wenn — wie das Ober-Appellationsgericht dieß wiederholt ausgesprochen hat,

cf. die Entscheidungen in Frankfurter Sachen Warmbrodt ca. Warmbrodt de 1829 *)

und Götz ca. Bögner de 1836,

überhaupt durch ein Productionserkenntniß (insofern dasselbe nicht die in der zugelassenen Beweisantretung enthaltenen, speciellen Thatsachen

---

*) Siehe Seite 25.

positiv und bestimmt für entscheidend erklärt hat) noch nicht definitiv über die Erheblichkeit des angetretenen Beweises erkannt, vielmehr die Beurtheilung der Relevanz in dem Maaße vorbehalten wird, daß der Beweis noch immer demnächst als an sich unerheblich für verfehlt erklärt werden kann — so liegt die Versagung einer besondern Appellation gegen Erkenntnisse der gegenwärtig in Rede stehenden Art um so mehr im Geiste jener Gesetzgebung, als durch die Berufung — bei dem derselben gesetzlich versagten Suspensiv-Effect — regelmäßig nicht einmal das erreicht werden würde, daß die Vernehmung der Zeugen über die als unerheblich angefochtenen Punkte unterbliebe;

3) die Bestimmungen in §§ 5 und 7 des Gesetzes vom 23. Mai 1848. Denn wenn es nach diesen Bestimmungen ganz unmöglich ist, gegen die Zulassung solcher Fragen, die erst im Zeugenabhörungstermin, auf Antrag einer Parthei, vom Richter den Zeugen vorgelegt werden, zu appelliren, so erscheint die Versagung der Appellation gegen eine bereits vor dem Abhörungstermine verfügte vorläufige Zulassung von Fragepunkten nur als eine consequente Ausdehnung des dort bereits angenommenen Princips.

IV. Die vierte, gegen die unter 3) des angefochtenen Erkenntnisses ausgesprochene Verwerfung des Metzgermeisters H. als Sachverständigen gerichtete Beschwerde erscheint dagegen verwerflich. Es kann

1) nicht davon ausgegangen werden, daß das vom Kläger in voriger Instanz gegen die Zulassung dieses Sachverständigen aufgestellte grav. IV. gleich grav. II. und III. unstatthaft gewesen. Denn § 54 des Gesetzes vom 7. November 1848 spricht nur von Zeugen, und einer analogen Ausdehnung der deßfallsigen Vorschrift auf Sachverständige stehen erhebliche Bedenken entgegen. Ebenso wenig aber ist

2) die Beschwerde des Beklagten für materiell begründet zu erachten. Zwar steht

a) dem Appellationsgerichte darin nicht beizupflichten, daß H. deßhalb als Experter in dieser Sache zu beseitigen sei, weil seiner von ihm vertretenen minderjährigen Tochter im vorliegenden Rechtsstreite vom Kläger der Streit verkündigt worden. Denn wenn H. aus diesem Grund ein Interesse am Ausgange des gegenwärtigen

Prozesses hat, so kann dieß doch nur dahin gehen, daß Kläger denselben gewinne und seine Tochter dadurch mit den Seitens des Klägers in Aussicht gestellten Regreßansprüchen verschont bleibe. Ein Interesse, welches den vom Gegner benannten Sachverständigen für den Producten günstig zu stimmen geeignet ist, kann aber dem Letzteren keinen Grund geben, auf Verwerfung desselben zu dringen.

cf. Bender, Handb. des Frankfurter Civilproz. § 53. Nr. 3.

Dagegen muß allerdings

b) mit dem Appellationsgericht in dem Umstande, daß auf der Schirne des Beklagten, für welche im gegenwärtigen Rechtsstreit eine Activ-Servitut erstritten werden soll, zu Gunsten der obengenannten Tochter des H. ein Insatzcapital von fl. 4080 haftet, ein hinreichender Grund gefunden werden, um denselben als Sachverständigen im gegenwärtigen Rechtsstreite nicht zuzulassen. Es ist ebenso sicher, daß — je nachdem die fragliche Servitut der Schirne des Beklagten zu- oder abgesprochen werden wird — der Werth der Hypothek ein größerer oder geringerer sein, als es sich im Allgemeinen nicht läugnen läßt, daß jeder Hypothekgläubiger den Werth des Pfandes lieber steigern, als sinken sehen wird. Ein gewisses Interesse, welches H. bei dem Obsieg des Beklagten im gegenwärtigen Rechtsstreite hat, läßt sich also nicht in Abrede stellen. Dieses Interesse ist allerdings — da weder vorliegt, daß bei Bestellung der Hypothek die Existenz der fraglichen Servitut vorausgesetzt worden und diese Voraussetzung maaßgebend gewesen sei, noch daß durch Aberkennung der Servitut die Hypothek dergestalt an Werth verlieren würde, daß die Deckung der Forderung für diesen Fall zweifelhaft werde, ein sehr entferntes und vages, welches kaum geeignet sein würde, die Glaubwürdigkeit eines Zeugen in einem erheblichen Grade zu schwächen.

cf. Frankfurter Präjud. in Sachen Götz ca. Horix vom 26. Februar 1852. *)

Allein es muß dem Appellationsgerichte darin beigepflichtet werden, daß bei Sachverständigen, die leicht durch Andere ersetzt

*) Siehe Seite 26.

werden können, auch schon ein derartiges entferntes und unbestimmtes Interesse zu deren Beseitigung hinreicht, und dieß vorliegend um so mehr, als es immer auffallend bleibt, daß Beklagter in dem beiderseits mit unverkennbarer Animosität geführten Prozesse einen solchen Sachverständigen benannt hat, gegen den er, wenn Kläger ihn producirt hätte, gegründete Einsprüche hätte erheben können, und daß er auf der Person gerade dieses Sachverständigen, troß des Widerspruchs des Gegners, so entschieden verharrt.

V. Die fünfte Beschwerde, welche die unter 4) des angefochtenen Erkenntnisses verfügte Zulassung des Impugnationsbeweises gegen den beklagtischen Zeugen H. zum Gegenstande hat, erscheint ebenfalls verwerflich. Allerdings ist es

a) die Ansicht vieler Prozessualisten,

cf. Linde, Lehrb., § 236. Nr. 4.
Bayer, Vortr. rc., § 237.

daß die Beweisführung, welche die Anfechtung der Glaubwürdigkeit der vom Producenten gebrauchten Beweismittel bezweckt, einen Theil des direkten Gegenbeweises bilde; und von diesem Standpunkt aus würde der fragliche Impugnationsbeweis, da er erst nach Ueberreichung der Beweiseinredenschrift angetreten worden, nach § 43 des Gesetzes vom 7. November 1848 als verspätet zu verwerfen sein. Das Ober-Appellationsgericht kann indeß jene Ansicht nicht theilen, muß vielmehr einen solchen Impugnationsbeweis, der in vielen Fällen stattfinden kann, wo von einem direkten Gegenbeweise gegen das thema probandum nicht die Rede ist, z. B. wenn dadurch die zum Gegenbeweise selbst bestimmten oder diejenigen Beweismittel angegriffen werden sollen, mittelst deren ein Impugnationsbeweis geführt werden soll,

cf. cap. 49. X. de testib. (2. 20.)

für einen selbstständigen Beweis halten, auf den die Vorschrift des § 43 cit. keine Anwendung findet. Die Frage, wie lange ein solcher Beweis zuzulassen, kann, in Ermangelung einer einschlagenden gesetzlichen Bestimmung, nur nach der Natur der Sache beantwortet werden, und diese spricht dafür, daß in dem Falle, wo Zeugen mit Vorbehalt der Einreden gegen dieselben zugelassen sind, eine Beweisführung, die den Zweck hat, solche Einreden zu bewahrheiten,

ebenso lange, als das Vorbringen der Einreden selbst, also bis zum Deductionsverfahren, zugelassen werden muß. Ebenso wenig erscheint

2) der Einwand begründet, daß es der mittelst des fraglichen Impugnationsbeweises darzuthuenden Behauptung: der Zeuge stehe mit dem Kläger in einem gespannten und feindseligen Verhältniß, an der erforderlichen Substantiirung fehle. Denn wenn es auch richtig ist, daß die Existenz eines solchen Verhältnisses nur aus dessen äußeren Erscheinungen erkannt werden kann, so gehörten doch die näheren Angaben über diese letzteren nicht zur Begründung der Einrede, resp. zur Beweisantretung; deren nähere Ermittlung kann vielmehr dem Productionsverfahren überlassen bleiben.

VI. Die sechste Beschwerde, darüber erhoben, daß durch Abschnitt 5 des angefochtenen Erkenntnisses die vom Stadtgerichte versagte Vernehmung der Sachverständigen über die in [25] der Stadtgerichts-Acten Seite 31 aufgestellte Frage verfügt worden, kann als unzulässig — nach dem oben unter IV. 1 bemerkten — nicht, und muß auch als begründet angesehen werden. Die erwähnte [25] der Stadtgerichts-Acten enthält die Gegenbeweisantretung des Klägers. Es fragt sich also, ob aus der Bewahrheitung des auf Seite 31 jener [25] der Beurtheilung von Sachverständigen unterstellten Satzes:

> „daß Söldner's (des Klägers) Schirne nur Raum für die zwei in ihr befindlichen Klötze hat, während die Schirne des Metzgermeisters Hitzel (Beklagtens) dagegen drei Klötze, darunter ein feines, und Raum für diese drei hat," —

ein Gegenargument gegen den vom Beklagten zu liefernden Beweis einer durch Verjährung erworbenen Servitut zu entnehmen sein würde. Diese Frage muß aber verneint werden.

1) Die Absicht des Klägers bei Aufstellung jener Frage für die Sachverständigen ist — wie seine Ausführungen in voriger und gegenwärtiger Instanz ergeben — nur die gewesen, nachzuweisen, daß für die Schirne des Beklagten gar kein Bedürfniß der Benutzung eines außerhalb derselben stehenden Klotzes existire, woraus denn gefolgert werden soll, daß es an der nothwendigen Bedingung einer Servitut — einem rechtlichen Interesse — fehle. Allein — abgesehen davon, daß aus der Bejahung der aufgestellten Frage von

Seiten der Sachverständigen sich noch gar nicht ergeben würde, daß die drei in der Schirne vorhandenen Hackklötze dem Bedürfnisse des Beklagten genügen — so ist es klar, daß die Intention des Klägers gar nicht auf Führung eines direkten Gegenbeweises, sondern auf Wiederaufnahme und Durchführung einer Einrede gerichtet ist, die er bereits im ersten Verfahren vorgebracht hat, die aber zur Berücksichtigung nicht geeignet befunden worden ist. —

Es ist aber auch — wenn man von dieser speciellen Intention absieht,

2) überall nicht einzusehen, und hätte jedenfalls einer nähern Darlegung abseiten des Klägers bedurft, wie aus der fraglichen Beschaffenheit der beiden Schirnen entweder darauf, daß der fragliche Klotz vom Beklagten und dessen Rechtsvorgängern nicht wirklich benutzt worden, oder darauf, daß bei dieser Benutzung es an dem animus juris gefehlt, soll geschlossen werden können.

VII. Die über die Vergleichung der Kosten voriger Instanz geführte siebente Beschwerde ist unbegründet, da diese Kostenvergleichung in dem Wechsel der Erkenntnisse ihre genügende Begründung findet.

VIII. Was endlich die Beschwerde des Beklagten gegen das Decret des Appellationsgerichts vom 19. Mai laufenden Jahrs anlangt, wodurch ausgesprochen worden ist, daß der anher ergriffenen Appellation der Suspensiv-Effect nicht zukomme, und Beklagter vor weiterer Verfolgung seines Rechtsmittels für die nöthigen Acten-Abschriften zu sorgen habe, so ist diese Beschwerde

1) in der Hauptsache durch das dahier ertheilte, in die Sache selbst eingehende Erkenntniß gegenstandlos geworden. Dieselbe bedarf dagegen

2) des Kostenpunktes wegen einer Prüfung, erscheint indessen unbegründet. In dem erwähnten Decrete des Appellationsgerichts vom 19. Mai laufenden Jahres kann nicht die allerdings für unstatthaft zu erachtende Entziehung eines durch die Apostel vom 28. April laufenden Jahres bereits gestatteten Suspensiv-Effects, sondern nur die, vollkommen begründete, Hinweisung darauf gefunden werden, daß der ergriffenen Berufung, nach Lage der Sache, schon unmittelbar in Folge der Bestimmung in § 55 des Gesetzes vom

7. November 1848 aufschiebende Wirkung nicht zukomme, und die ausgesprochene Verpflichtung des Beklagten zur Besorgung der für die Entscheidung der Sache in höchster Instanz erforderlichen Acten-Abschriften findet ebenfalls in der angezogenen gesetzlichen Bestimmung ihre Begründung. — Wenn aber Beklagter glaubt, er könne Ersatz der für diese Acten-Abschriften aufgewandten Kosten vom Kläger deßhalb verlangen, weil es dessen Pflicht gewesen wäre, Abschriften der jetzt in Betracht kommenden Verhandlungen in voriger Instanz vorzulegen, und, wenn er dieser Pflicht nachgekommen wäre, Beklagter nicht nöthig gehabt haben würde, seinerseits nochmals Abschriften derselben Verhandlungen beizubringen, so steht dem entgegen, daß § 55 cit. die Besorgüng der Acten-Abschriften dem Appellanten, dessen Appellation keine aufschiebende Wirkung hat, nicht unbedingt, sondern nur „insofern sie zu der Entscheidung in höherer Instanz erforderlich sind," auflegt, im vorliegenden Fall aber Abschriften zur Entscheidung des Appellationsgerichts gar nicht erforderlich geworden sind.

Auszug aus den Seite 19 und 21 angeführten Entscheidungsgründen in Sachen

a. **Warmbrodt** ca. **Warmbrodt** 1829.

Es kommt aber Folgendes in Betracht:

1) daß die Erheblichkeit des angetretenen Beweises in Beziehung auf das ganze Beweisthema sich in dem gedachten Bescheide nicht ausgesprochen findet, sondern höchstens implicite darin angedeutet ist, und es bedenklich sein würde, die Grundsätze von der Rechtskraft des in einem rechtskräftigen Beweis-Interlocute nur implicite Enthaltenen auch auf dergleichen im Productions-Verfahren abgegebene, die Beweisinstanz nur instruirende Beschwerde auszudehnen, da dieselben, der Natur der Sache nach noch nicht über den Werth der Beweisführung definitiv absprechen können, indem oft, zumal wenn der Beweis durch Zeugen angetreten worden ist, erst aus der weitern Instruction der Sache erhebliche Momente zur Beurtheilung des Gehalts der Beweisführung hervorgehen. Diese Rücksicht ist besonders in Frankfurter Sachen wichtig, weil nach dem dortigen

Prozeßverfahren zur Statthaftigkeit der Eidesdelation erhebliche Vermuthungen für die Behauptung des Beweisführers vorhanden sein müssen, *) dergleichen sich aber manchmal auch in Ansehung solcher Punkte, worauf die Artikel nicht gerichtet sind, erst aus dem Verhör der Zeugen ergeben. Hierzu kommt aber noch

2) in besonderer Beziehung auf die vorliegende Sache, daß in dem auf die Erklärung des Beklagten erfolgten stadtgerichtlichen Decrete keine Ausdrücke, welche ein Urtheil über den Gehalt der übergebenen Beweisführung andeuteten, vorkommen, so daß man hier gewiß

arg. l. 8. § 2. D. de negot. gest.
und l. 7. § 1. D. de compens.

sagen kann, daß das Gericht auf die Erinnerung des Beklagten keine Rücksicht genommen hat, ohne übrigens dadurch darüber definitiv absprechen zu wollen.

b. **Götz** ca. **Horix** 1852.

Es läßt sich

zu c) nicht annehmen, daß jeder, auch noch so unbedeutende Vortheil geeignet sei, einen Zeugen auch nur verdächtig zu machen, und als solcher ist die Courtage anzusehen, welche der Zeuge beim Abschlusse des Geschäftes würde fordern können. Vielmehr hat das Ober-Appellationsgericht den § cit. stets nur von einem solchen Interesse verstanden, welches den Zeugen für den Producenten günstig machen könne.

in causa Francof. Haub ca. Theater-Direction de $18^{33}/_{34}$.

in causa Francof. v. Bethmann ca. Schüttler, 11. Februar 1839. Entscheidungsgründe Seite 14 und 15.

in causa Francof. Schwartze ca. Odemer, 19. Juni 1845. Entscheidungsgründe Seite 2 bis 6.

*) Diese Beschränkung der Eidesdelation ist mit alleiniger Ausnahme für Schwängerungsklagen durch Gesetz vom 15. December 1829 aufgehoben worden.

103.

Gemeinde Dortelweil, Klägerin wider die **Bau-amts-Eisenbahn-Commission,** Beklagte, Expropriation verschiedener Grundstücke betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.
vom 16. März 1853.

In Erwägung, daß

1) die Klägerin in der Klage und dem Nachtrage zu derselben angegeben hat, es habe Beklagte im Jahre 1847 die Main-Weser-Eisenbahn über verschiedene näher bezeichnete, ihr, der Klägerin, gehörige Wege geführt;

2) der erste alternative klägerische Antrag, die Beklagte zur Vorbereitung und Anstellung der Expropriationsklage wegen der von den fraglichen Wegen zur Eisenbahn verwendeten Parzellen anzuhalten, weder überhaupt noch durch das Entäußerungsgesetz vom 22. Juni 1847 gerechtfertigt erscheint;

3) was den zweiten Antrag, die betreffenden Grundstücke der Klägerin zurückzugeben, anbelangt, solchem zunächst der hier in Anwendung zu bringende Inhalt des Art. 63 und 74 der Prov. Prozeß-Ordnung entgegensteht, da nach der vorstehend unter 1) erwähnten klägerischen Angabe die Führung der Eisenbahn über die fraglichen Wege bereits im Jahre 1847 geschehen ist;

4) hiervon abgesehen, schon darum von einer Zurückgabe der betreffenden Parzellen nicht die Rede sein kann, weil die Klägerin selbst in der Klage auf Seite 5 die Unmöglichkeit dieser Zurückgabe zugestanden hat, ihre in der Replik enthaltene entgegengesetzte Behauptung aber unberücksichtigt bleiben muß;

und daß

5) die Klägerin sich zwar auf Seite 5 der Klage alle Schadenersatz-Ansprüche vorbehalten hat, jedoch ein solcher allgemeiner Vorbehalt ebenso wenig einer gehörig zu substantiirenden Klage auf

Schadenersatz gleichzustellen, als dem von der Klägerin beigefügten Vorbehalt weiterer Anträge irgend eine Folge zu geben ist, daher auch die bezüglichen beklagterseits eventuell gemachten Einwendungen zur Zeit nicht näher zu erörtern sind,

wird zu Recht erkannt:

Die Klägerin wird unter Verurtheilung in die Kosten mit ihrer Klage angebrachtermaaßen abgewiesen.

Auf Appellation der Klägerin wurde vorstehendes Urtheil durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 4. August 1854 (Rechtsf. Bonn) unter Verurtheilung der Klägerin in die Kosten bestätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 18. December 1856.

Auf Appellation der Klägerin.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache selbst das bei dem Appellationsgerichte der freien Stadt Frankfurt eröffnete Erkenntniß vom 4. August 1854, sowie das Stadtgerichts-Urtheil vom 16. März 1853, wie hiermit geschieht, wieder aufzuheben und Beklagte in Betreff des Weingarten-, des Flurscheide- und des Waitzen-Wegs schon jetzt, in Betreff des Massenheimer-Weges aber auf den Fall der Führung eines der Klägerin, unter Vorbehalt des Gegenbeweises, obliegenden, binnen einer von dem Stadtgericht anzuberaumenden Frist anzutretenden Beweises ihres Eigenthums an dem fraglichen Wege, für schuldig zu erkennen sei, der Klägerin eine nach Maaßgabe des Expropriationsgesetzes von 1847 auszumittelnde Entschädigung zu leisten, sie wollte denn die drei, eventuell vier Wegestrecken wieder zurückgeben.

In die Kosten erster Instanz wird die Beklagte zu drei Viertheilen verurtheilt, das Erkenntniß über ein Viertheil bleibt bis zum Erkenntniß über obgedachten Beweis ausgesetzt; die Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz werden verglichen, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Die Klägerin hat in der Klagschrift und deren Nachtrag in Betreff der Theile von vier ihr eigenthümlich zubehörigen Wegen, über welche die Main=Weser=Eisenbahn geführt worden ist, die Bitte gestellt, die Beklagten anzuhalten,

entweder die Expropriations=Klage zu besorgen und zu bewirken, oder die gedachten Wegestrecken zurückzugeben;

und sich für beide Fälle alle Schadensansprüche wegen der geschehenen Entziehung vorbehalten, mit der schließlichen Bitte, die Beklagte zum Ersatz alles Interesses zu verurtheilen.

In Betreff dieser Anträge ist nun freilich

1) unzweifelhaft, daß die Schlußbitte und der Vorbehalt einen selbstständigen dritten Antrag, gerichtet auf eine im Wege des Civil=Prozeß=Verfahrens auszumittelnde Entschädigung, nicht enthält, und, insofern er beabsichtigt sein sollte, wegen unzureichender factischer Begründung angebrachtermaaßen zurückgewiesen werden müßte. Auch kann

2) der erste auf Expropriation gerichtete Antrag für sich allein und außer Verbindung mit dem zweiten Antrag als rechtlich begründet nicht erachtet werden. — Stellt man ihn nämlich unter den Gesichtspunkt einer Aufforderung zur Klage, so ist diese und somit auch die Aufforderung in Beihalt von §§ 4, 6, 17, 25 des Gesetzes vom 19. Januar 1847, nach gegenwärtiger Lage der Umstände rechtlich unmöglich. Betrachtet man dagegen den Antrag als Klage auf Erwirkung eines die betreffende Expropriation verfügenden Senats=Decretes, so erscheint eine solche Klage schon deßhalb rechtlich unbegründet, weil der Senat nicht gezwungen werden kann, eine derartige, auf seinem freien Willen beruhende Verfügung zu erlassen. Anders dagegen mußte

3) der erste Antrag in seiner Verbindung mit dem zweiten aufgefaßt werden. Stellt sich nämlich der letzte als rechtsbegründet heraus, so war nach Analogie dessen, was bei einer alternativen Klagbitte im Fall einer hypothekarischen und einer Klage wegen Verletzung über die Hälfte angenommen zu werden pflegt, auch im vorliegenden Fall die erste Klagbitte insofern für statthaft zu erachten, als sie den Weg bezeichnet, auf welchem die aus einer

Verurtheilung auf Grund der zweiten Klagbitte hervortretenden Unzuträglichkeiten sich vermeiden lassen. In Betreff dieser letzten konnte nun

a) eine Verwerfung nicht um deßwillen ausgesprochen werden, weil Klägerin die Rückgabe der Grundstücke an die Gemeinde in der Klagschrift als nicht möglich bezeichnet hat. Denn dieser Ausdruck ist in Beihalt der in der Replikenschrift vorkommenden Aeußerung nur dahin zu deuten, daß die Ausführung der Rückgabe mit unverhältnißmäßigen Schwierigkeiten verknüpft sein werde. Ebenso wenig läßt sich

b) der Ansicht der Beklagten beipflichten, daß sie die unrechte Beklagte sei, und vielmehr auf Grund des Rechtsvertrages vom 6. Februar 1845 die betreffende Eisenbahndirection belangt werden müsse. Da nämlich davon auszugehen ist, daß nach Vollendung der Main-Weser-Bahn der Besitz der in Rede stehenden Wegstrecken der bisherigen Eigenthümerin entzogen, oder doch bei dem Massenheimer-Wege durch Belegung mit Schienen und Sperrung während des Durchgangs der Züge der freien Verfügung nach beeinträchtigt worden ist, daß mithin die Vindication oder doch die Negatorienklage angestellt worden sei, so kam es jedenfalls für Erstere darauf an, die Besitzesfrage zu erörtern. Das Eigenthum, wie der Besitz der betreffenden Theile des Bahnkörpers im Gegensatze zum Betrieb und zu der Unterhaltung der Bahn, welche der Eisenbahndirection zukommen, steht aber unzweifelhaft dem betreffenden Staate zu, als dessen Vertreter in dem vorliegenden, dem Frankfurtischen Gebiet angehörigen Fall die Bauamts-Eisenbahn-Commission angesehen werden muß. War nun auch

c) durch das in den Ober-Appellationsgerichts-Acten ersichtliche Attest in Verbindung mit dem in denselben Acten sich findenden Zugeständniß der Beklagten das Eigenthum der Klägerin an dem Flurscheide-Weingarten- und Waitzes-Wege außer Zweifel; und nur noch in Betreff des Massenheimer-Weges, dessen Identität mit dem Eulhohl-Weg von der Beklagten nicht anerkannt worden ist, in rechtliche Gewißheit zu setzen, so würde in Betreff von drei Wegestrecken schon jetzt, in Ansehung der vierten aber nach vorgängigem Eigenthumsbeweise eine Verurtheilung der Beklagten erfolgen müssen, wenn nicht

d) auf Grund des Art. 74 der Pr. Prozeß-Ordnung das Eigenthum der Klägerin an den fraglichen Wegestrecken um deßwillen als erloschen zu betrachten sein sollte, weil dieselbe ihre Ansprüche während des Baues der Bahn nicht geltend gemacht habe. Nun läßt sich zwar nicht in Abrede stellen, daß die Localgerichte und zwar das Stadtgericht in Sachen Fabian wider Bauamts-Eisenbahn-Commission im Urtheil vom 16. Januar 1854, das Appellationsgericht in Sachen Reinhard wider Bauamts-Eisenbahn-Commission im Urtheil vom 4. März 1853, dem gedachten Artikel die erwähnte Bedeutung beilegen, indem das Appellationsgericht und ebenso die Juristenfacultät zu Halle in den Gründen zum Urtheil vom 4. August 1854 in der Sache Fabian wider Bauamts-Eisenbahn-Commission sogar dem, welcher während des Baues geschwiegen hat, auch den Anspruch auf Entschädigung absprechen, wie nicht minder, daß in vorliegender Sache auch die Juristen-Facultät in Bonn sich für den Verlust des Eigenthums auf Grund des Schweigens während des Baues erklärt hat; und endlich das Ober-Appellationsgericht in Sachen Leonhard wider Bauamts-Eisenbahn-Commission in den Gründen zum Urtheil vom 21. Juli 1848 Seite 3 *) die Möglichkeit einer Anwendung des Artikels auf Eisenbahnbauten berücksichtigt hat. Es mußte jedoch der in Sachen Fabian wider Bauamts-Eisenbahn-Commission in den Gründen zum Urtheil vom 6. Januar dieses Jahres **) bereits angedeuteten Auffassung der Vorzug gegeben und die gänzliche Unanwendbarkeit des Art. 74 auf Eisenbahnbauten ausgesprochen werden. Zwar nicht

α) um deßwillen, weil die Quelle dieses Artikels die Reformation VIII, 9. § 13 und das Baustatut Kap. 9. § 9 auf Bauten im Gebiet der freien Stadt Frankfurt, wie in Betreff des 8ten Theils der Reformation von dem Ober-Appellationsgericht in Sachen von Lersner wider Gemeinde Nieder-Erlenbach 1844 erkannt worden ist, keine Anwendung finde. ***) Denn diese ist in Betreff

---

*) Siehe diese Sammlung Theil II. Seite 274.

**) Siehe ebendaselbst Seite 270.

***) Siehe Seite 33.

der in Rede stehenden Vorschrift durch deren Aufnahme in die für das gesammte Gebiet der freien Stadt Frankfurt geltende Prozeß-Ordnung außer Zweifel gestellt worden. Ebenso wenig

β) aus dem Grunde, weil das ganze Eigenthum der fraglichen Wegestrecken und nicht bloß ein Theil desselben durch die Bahn occupirt sei. Denn eine derartige Beschränkung der Vorschrift würde sich aus den Worten des Gesetzes nicht ableiten lassen, und überdieß wegen Unsicherheit der Grenze praktisch wenig brauchbar sein. — Dagegen müßte es

γ) schon sehr bedenklich erscheinen, die Vorschrift auf Bauten der vorliegenden Art anzuwenden, da die Worte des Gesetzes „Abbrechens halb" darauf hindeuten, daß bei dessen Erlaß nur an Hochbauten gedacht worden ist, und es bedenklich erscheinen muß, eine so anomale Vorschrift irgendwie auszudehnen. Es wird jedoch durch diesen Grund, in Berücksichtigung, daß auch ein Theil des Waitzen-Weges zur Bahnhof-Station Dortelweil gezogen worden ist, das Verlangen der Klägerin vielleicht gänzlich gerechtfertigt. Entscheidend für solches ist

δ) der Umstand, daß der in Rede stehende Artikel auf Entäußerungsfälle, nach deren eigenthümlicher Natur, überall nicht angewendet werden kann. Denn er bezeichnet den Verlust des Rechts als Folge des Schweigens, er nimmt also einen Verzicht auf das wegen Verletzung des Eigenthums durch den Bau ihm erwachsene Widerspruchsrecht zur Grundlage seiner Verfügung. An einer derartigen Grundlage fehlt es aber gänzlich in einem Falle, wo das Eigenthum abgetreten werden muß, denn hier ist jeder Gedanke an einen freiwilligen Verzicht auf das ganze Recht gerade durch den bevorstehenden Zwang, es aufzugeben, ausgeschlossen, und nur ein Verzicht auf die wegen ohne vorgängige Entschädigung unternommener, also verfrühter Geltendmachung der Entäußerung stattfindenden Ansprüche denkbar, welcher seinem Umfange wie Gegenstande nach von jenem völlig verschieden ist. — Daß aber die Klägerin von der Ansicht ausgehen durfte, es müsse ihr für die fraglichen Wegestrecken eine Entschädigung zu Theil werden, ergibt sich daraus, daß dieselben von der Eisenbahnlinie betroffen wurden, und Klägerin durch einen zeitigen, während des Baues eingelegten Widerspruch

zwar im Stande war, denselben zu verzögern, allein bei der Möglichkeit der Expropriation keine Mittel hatte, die Vollendung des Baues gänzlich zu verhindern.

4) Wäre nun zwar, dem Vorstehenden zufolge, der zweiten Klagbitte zu entsprechen gewesen, so mußte es gleichwohl in einem Falle der vorliegenden Art ungeeignet erscheinen, auf die Herausgabe von Grundstückstheilen, welche einer im Betrieb befindlichen Eisenbahn einverleibt sind, zu erkennen, da von der Klägerin selbst in ihrer ersten Klagbitte der Ausweg, auf welchem die Herausgabe sich abwenden läßt, angedeutet worden ist. Es hat nämlich die Klägerin, welcher durch das Verfahren der Beklagten der Besitz der fraglichen Wegestrecken entzogen, welche mithin factisch expropriirt worden ist, ein Recht darauf, daß die für ihre etwaige Einbuße auszumittelnde Entschädigung nicht anders als in einem nach Maaßgabe des Expropriationsgesetzes einzuleitenden Verfahren festgestellt werde, insofern die Beklagte die Herausgabe der Wegestrecken abzuwenden beabsichtigt.

Die Aussetzung von ¼ der in erster Instanz erwachsenen Kosten war eine Folge der Aussetzung des Erkenntnisses in Betreff des Massenheimer-Weges, die Verurtheilung der Beklagten in den Rest die Folge ihres Unterliegens, die Vergleichung der Kosten voriger und jetziger Instanz Folge des Wechsels der Erkenntnisse.

Auszug aus den Seite 32 angeführten Entscheidungsgründen in Sachen

von Tersner ca. Gemeinde Niedererlenbach 1844.

Dieß läßt sich nun aus den Vorschriften der Stadt-Reformation nicht ableiten. Denn sowohl die Ueberschrift des achten Theils, als die klaren Worte des § 1 im ersten Titel desselben sagen auf's Bestimmteste, daß nur vom Bauen in der Stadt und den Vorstädten und zu Sachsenhausen gehandelt werde, wie denn die Vorschriften selbst gleichfalls zu erkennen geben, daß dabei auf städtische Verhältnisse gesehen ist. Wäre also auch darin jedem Bauenden die Verpflichtung auferlegt worden, die Vernehmung der Nachbarn vor dem Anfange des Baues zu erwirken, so würde dieß doch auf

Bauten im Landgebiete nicht anwendbar sein. Zwar beruft der Kläger sich dagegen auf

Bender's Lehrb. des Frankf. Privatr. § 52 Note 1. S. 136,

allein daselbst ist für den mit dem Gesetze selbst in Widerspruch stehenden Satz, daß der achte Theil der Reformation auch für die Dorfschaften gelte, nur die Entscheidung einer einzelnen Rechtssache angeführt worden, worauf um so weniger ein Gewicht zu legen ist, da die näheren Umstände des Falles nicht angegeben sind, und der Verfasser die von ihm angenommene Praxis nicht weiter begründet, vielmehr selbst für auffallend erklärt hat. — — —

Die ebenfalls angefügte Rathsverordnung vom 6. Mai 1749 spricht freilich sowohl von Gebäuden und Häusern, welche von Neuem aufgerichtet, als von alten Gebäuden, die wieder errichtet oder gebessert werden, aber sie schärft den Bauenden nur die Pflichten ein, welche ihm gegen das Bauamt obliegen, und droht insbesondere den Baugewerkern, welche gegen die Bauvorschriften der Reformation handeln, für die Zukunft schärfere Strafen, ohne übrigens an demjenigen, was in dem Statute vorgeschrieben ist, etwas zu ändern. Jedenfalls ist darin ausdrücklich von Bauten im Landgebiete nichts gesagt, vielmehr liegt in der Hinweisung auf die Stadtreformation ein klarer Beweis, daß sie, ebenso wie diese, die Bauten auf dem Land unberücksichtigt gelassen hat.

Daß endlich auch das neuere Baustatut hier überall keine Anwendung leide, hat Kläger selbst nicht bestritten.

104.

L. Dalton und **Comp.**, hiesige Handlung, Klägerin gegen **Mendel A. Lehmann**, Beklagten, wegen Forderung.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 8. October 1855.

In Erwägung, daß

1) die Klage darauf gestützt wird, daß Beklagter das Original des Wechsels, wovon sich Abschrift in Anlage A. vorfindet, von der Klägerin erhalten, dafür aber erst fl. 350 bezahlt habe und fl. 350 schuldig verblieben sei; daß

2) der Beklagte läugnet, den Wechsel von der Klägerin erkauft zu haben, und angibt, daß er denselben von J. H. Eyssen, dem Vormanne der Klägerin, erkauft und das Giro der Klägerin, lediglich um dem Beklagten größere Sicherheit zu verschaffen, auf sein Verlangen auf den Wechsel gesetzt worden sei; daß

3) das Indossament weder an sich dem Indossatar eine Verpflichtung zur Vergütung der Valuta an den Indossanten auferlegt, noch einen Schluß auf das ihm unterliegende Valutenverhältniß gestattet, indem es zu sehr verschiedenen Zwecken gegeben sein und insbesondere auch, wie für den vorliegenden Fall von dem Beklagten behauptet wird, die Absicht einer Intercession des Indossanten demselben zu Grunde liegen kann;

Thöl, Handelsrecht II. § 177. 236. 267.

daß demnach

4) der Klägerin der Beweis ihres Klagegrundes aufzugeben ist; daß

5) die Klägerin auf Edition von zwei Quittungen angetragen hat, welche dem Beklagten angeblich in ihrem Auftrage von J. H. Eyssen über Zahlung eines Theils der Valuta ausgestellt worden sind, und daß Beklagter diesem Antrage nicht widersprochen,

auch den Besitz der Quittungen eingeräumt und nur deren Inhalt theilweise anders angegeben hat;

wird hiermit für Recht erkannt:

I. Der Beklagte hat die unter 5) gedachten Quittungen des Eyssen bei der Gerichtscommission vorzulegen, bei Vermeidung, daß sonst die Angaben der Klägerin über deren Inhalt für richtig angenommen werden.

II. Würde die Klägerin binnen einer hiernach anzuberaumenden Frist beweisen,

daß der Beklagte den fraglichen Wechsel von ihr erkauft habe,

so soll in der Hauptsache und der Kosten wegen weiter ergehen, was Rechtens.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 17. December 1855.

Auf Appellation der Klägerin.

In Erwägung, daß nach der mit der Klage producirten Abschrift des Wechsels, gegen deren Richtigkeit nichts eingewendet wird, der fragliche Wechsel von Bier Brothers auf Eyssen, von Eyssen auf Dalton und von diesem auf Lehmann indossirt ist, daß dieser Beklagte zwar zugibt, daß das Indossement von Dalton auf ihn geschehen sei, dagegen läugnet, den Wechsel von Dalton erhalten zu haben, vielmehr behauptet, daß solches nur geschehen sei, um ihm eine Bürgschaft zu gewähren, weil er die schwankenden Verhältnisse Eyssen's gekannt habe, welche Umstände von der Klägerin bestimmt in Abrede gestellt werden.

In fernerer Erwägung, daß die Urkunde ihrer Form nach dafür spricht, daß das Eigenthum des Wechsels von dem Indossanten auf den Indossatar übertragen werden solle, somit die Behauptung des Beklagten, daß das Indossament zu dem Zweck geschehen sei, um den Indossanten nur als Bürgen zu verpflichten, eine wahre Einrede ist, welche der Beklagte beweisen muß,

wird das stadtgerichtliche Interlocut vom 8. October 1855 dahin abgeändert:

daß Klägerin mit der ihr darin gemachten Beweisauflage zu verschonen sei, dagegen Beklagter binnen einer vorzuberaumenden Frist und vorbehaltlich des Gegenbeweises zu beweisen habe:

daß ihm der fragliche Wechsel von Eyssen verkauft und das Giro der Klägerin nur eine Intercession habe bewirken sollen.

Die in gegenwärtiger Instanz erwachsenen Kosten werden verglichen und die Rücksendung der Voracten verordnet.

Auf Appellation des Beklagten wurde durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 18. December 1856 das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 8. October 1855 unter Compensation der Kosten dieser und der vorigen Instanz wieder hergestellt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Der beklagtischen Hauptbeschwerde entsprechend, mußte das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 17. December 1855 aufgehoben und dasjenige des Stadtgerichts vom 8. October ej. a. wieder hergestellt werden.

Die Kläger haben eine Valuta-Klage angestellt und dieselbe auf folgende Anführungen gestützt.

Den in Abschrift beigebrachten, von Werlé, Zitz & Comp. in Paris auf A. F. Neumann & Comp. in London gezogenen Wechsel von Liv. 60, welcher durch Blanco-Indossament in die Hände von Johann Heinrich Eyssen zu Frankfurt gekommen war, behaupten sie von vorgedachtem Eyssen eigenthümlich erworben und ihn sodann an den Beklagten verkauft („begeben") zu haben. Die für den, in Folge dessen an den Beklagten indossirten Wechsel zu zahlende Valuta sei auf fl. 700 berechnet worden. Hiervon seien fl. 350 von Seiten des Beklagten berichtigt, und zwar an Eyssen, welcher von ihnen, den Klägern (als Eigenthümern und Verkäufern des Wechsels), mit der Einziehung des Kaufpreises beauftragt gewesen sei, es restirten mithin noch fl. 350, welche den Gegenstand der erhobenen Klage bildeten. Hiergegen ist beklagtischerseits einge-

wendet, daß zwischen den Partheien über die Veräußerung und resp. den Erwerb des Wechsels überhaupt nicht contrahirt sei, daß insonderheit der Beklagte denselben nicht von den Klägern gekauft habe, oder ihnen die Valuta desselben schuldig geworden sei. Beklagter habe den Wechsel von dessen damaligem Eigenthümer, dem genannten Eyssen, käuflich erworben, diesem die Valuta zu zahlen gehabt, selbige auch, worauf es freilich im Verhältnisse zu den Klägern nicht ankomme, dem Eyssen wirklich theils baar, theils in Rechnung vergütet. — Die Indossirung des Wechsels von Eyssen an die Kläger, und von den Letzteren auf den Beklagten sei dadurch veranlaßt worden, daß der Beklagte, welcher den ihm von Eyssen zum Kauf angebotenen Wechsel nicht auf Eyssen's alleinigen Credit hin habe nehmen wollen, eine fernere Garantirung verlangt habe, welche Eyssen durch ein Indossement der mit ihm in naher Verbindung stehenden Kläger zu bewirken sich erboten und wirklich bewirkt habe.

Bei dieser Sachlage würde, da der Klagegrund bemerktermaaßen geläugnet worden ist, eine Beweisauflage an die Kläger, daß sie dem Beklagten den Wechsel für fl. 700 verkauft haben, nothwendig sein, wenn nicht etwa in den Acten Umstände vorhanden sein sollten, welche die Kläger von der nach allgemeinen Grundsätzen ihnen obliegenden Beweispflicht befreit erscheinen ließen.

Nun erblickt das Appellationsgericht das Vorhandensein eines solchen Umstandes darin, daß dem Beklagten der Wechsel von den Klägern indossirt worden ist. — Die Urkunde — der Wechsel — spreche ihrer Form nach dafür, daß das Eigenthum des Wechsels von den Klägern (den Indossanten) auf den Beklagten (den Indossatar) habe übertragen werden sollen; somit sei die Behauptung, das Indossement sei nur intercessionis causa geschehen, eine wahre Einrede, welche der an sich begründet erscheinenden Klage gegenüber von dem Beklagten bewiesen werden müsse. Hierin kann indessen dem Appellationsgerichte nicht beigestimmt werden.

Die Form der vorliegenden Urkunde, das Indossament, entscheidet nämlich weder für, noch gegen die Behauptung der Kläger, daß sie den Wechsel an den Beklagten verkauft haben. Ebenso wenig freilich für oder gegen die Behauptung des Beklagten, daß das Indossament der Kläger nur zum Zweck einer Verbürgung des

Wechsels auf denselben gesetzt worden sei. — Mag man, wie von den Klägern vertreten wird, mit Einert

Wechselr. S. 137.

die wesentliche Bedeutung des Indossaments in einer Wechselbürgschaft erblicken, oder mit Thöl

Wechselr. § 232. S. 287.

eine neue Tratte, oder, nach der gewöhnlichen Auffassung, eine qualificirte Cession darin finden, in keinem Falle wird hierdurch etwas über die dem Indossamente zu Grunde liegende civilis causa, nämlich über dasjenige Rechtsgeschäft zwischen dem Indossanten und dem Indossator, in Folge dessen das Indossament stattfindet, sowie über die Verbindlichkeit zu einer Valuta-Vergütung oder dergleichen entschieden.

Contracte über einen Wechsel — darunter auch der Begebungs-Contract — sind keine wechselmäßigen Geschäfte. Auf sie finden die wechselrechtlichen Bestimmungen keine Anwendung; und in vielen Beziehungen ist der Unterschied zwischen den wechselmäßig formellen Berechtigungen eines Wechselbetheiligten und der civilrechtlichen Stellung desselben von praktischer Bedeutung. — Obschon der Indossatar eines Wechsels wechselmäßig als Eigenthümer desselben gilt und als solcher die mit dem Wechsel verbundenen Rechte in vollem Umfange nach allen Seiten hin geltend machen kann, so ist er dennoch vielleicht in der Lage, z. B. als Indossatar in modum mandati, oder weil er den Wechsel für einen Dritten erworben hat, seinen Indossanten oder den vorgedachten Dritten als den civilrechtlichen Eigenthümer des Wechsels anerkennen zu müssen. — Somit haben die Ausdrücke der Wechselordnung: „der Wechsel werde durch Indossament übertragen," „selbiges übertragene Eigenthum an dem Wechsel" und dergl.

Wechselordn. Art. 9. 17. 34. 73.

nur Beziehung auf die wechselmäßigen Befugnisse.

Hieraus ergibt sich, daß schon der von den Klägern für das vorliegende civilrechtliche Verhältniß geltend gemachten und von dem Appellationsgerichte gebilligten Behauptung nicht beigetreten werden kann, daß aus der Thatsache der auf die Kläger geschehenen Indossirung des Wechsels von Seiten des vorangehenden Blanco-

Indossatars Eyssen zu folgern sei, daß die weitere, von ihnen auf den Beklagten vorgenommene Indossirung auf eigenem civilrechtlichen Dispositionsrecht über den Wechsel beruht habe; ein Umstand, welchen der Beklagte in Abrede gestellt hat.

Indessen, selbst wenn dem von Seiten des Eyssen auf die Kläger geschehenen Indossamente die Bedeutung beizulegen wäre, diese letzteren auch für alle nicht wechselmäßigen Beziehungen als selbstberechtigte Disponenten über den Wechsel erscheinen zu lassen, so würde doch hieraus kein Schluß darauf abgeleitet werden können, daß der Beklagte von ihnen den Wechsel gekauft haben müsse. Die Uebertragung desselben hätte außer in Veranlassung eines Verkaufs, auch in Folge mancher anderer Rechtsgeschäfte, z. B. eines Auftrags, eines Darlehns, einer Schuldtilgung und dergl. geschehen können, und nicht einmal das wäre nothwendiger Weise anzunehmen, daß gerade zwischen den **Partheien** dasjenige Geschäft geschlossen worden sei, auf dessen Grundlage und zu dessen Ausführung die Indossirung Statt gefunden habe; denn auch zur Erfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten hätte der Wechsel von Seiten der Kläger übertragen werden können. Somit konnte aus dem vorliegenden Indossamente kein Schluß auf das von den Klägern behauptete und ihrer Klage zu Grunde gelegte Begebungsgeschäft abgeleitet, und beim beklagtischen Läugnen desselben mußte der Beweis ihres Klagegrundes ihnen aufgelegt werden.

Wenn die Kläger, um die Beweislast von sich ab- und dem Beklagten zuzuwenden, noch darauf Bezug genommen haben, daß in der demnächst von dem Beklagten zu edirenden Quittung über die eine der an Eyssen gemachten Zahlungen — in derjenigen über fl. 250 — die Worte „für Dalton & Comp." sich befinden, so wird freilich dieser Umstand bei der späteren Beweisführung von den Klägern, so weit wie thunlich, benutzt werden können, allein auf die Vertheilung der Beweislast kann er selbstredend keinen Einfluß ausüben.

Demnach mußte, wie im Erkenntnisse geschehen, auf Wiederherstellung des Stadtgerichtserkenntnisses gesprochen werden, wobei es auf die eventuelle Beschwerde des Beklagten, die Beweisfassung anlangend, überhaupt nicht ankam.

105.

Hieronymus Buhl und Ehefrau, Kläger gegen **C. F. Künstler** und **W. J. Kalbfleisch**, Beklagte, Vollziehung eines Kaufvertrags betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts

vom 29. Februar 1856.

In Erwägung, daß

— — — — — — — — — — — — —

5) zwar in dem Interimskaufbrief als auf dem verkauften Grundstücke haftende Lasten nur die dort bezeichneten vier Insätze angeführt worden, während nach dem von den Beklagten überreichten Zeugniß der Hypothekenbuchführung damals noch zwei gerichtliche Pfandrechte zur Sicherung der Joh. Lüdecké'schen Forderung von fl. 48. 25 kr. nebst Kosten von fl. 22. 19 kr., sowie der Schmidt-schen Forderung von fl. 48. 3 kr. eingetragen gewesen sind; daß

6) die Verschweigung dieser übrigens später gelöschten Pfandrechte keinen genügenden Grund für die Beklagten abzugeben vermag, die Auflösung des Kaufvertrags zu verlangen, da sie durch diese Pfandrechte weder an der Besitznahme, noch an der späteren Benutzung des fraglichen Grundstücks, noch überhaupt an der Ausübung ihrer Eigenthumsrechte behindert sein konnten, und wenn vor der Löschung der gedachten Pfandrechte die zu Gunsten der Kläger stipulirte Bestellung einer vierten Ueberbesserungshypothek von Seiten der Beklagten etwa unmöglich gewesen sein würde, hierdurch nicht die Letzteren, sondern nur die Kläger benachtheiligt worden wären, was auch von dem nach Errichtung des Interimskaufbriefs eingetragenen gerichtlichen Pfandrecht für die Kruck'sche Forderung von fl. 200 gilt; daß

7) die Beklagten nach dem Interimskaufbriefe die auf der erkauften Liegenschaft haftenden Insatzcapitalien als Schuldner zu übernehmen und somit die Kläger dafür, daß die Gläubiger solche den Beklagten stehen lassen, nicht zu haften haben, während die hiermit im Widerspruche stehende Behauptung der Beklagten, daß

Kläger ihnen dieserhalb Garantie geleistet, bei ermangelnder Angabe darüber, wann und insbesondere ob ein solches Versprechen nach Errichtung des Interimskaufbriefs von den Klägern ertheilt worden sei, keine Berücksichtigung finden kann; daß

8) die Beklagten, welche hiernach den Kauf am 1. Dec. 1855 zu vollziehen gehabt und nicht vollzogen, auch nicht zu behaupten vermocht haben, daß sie die Insatzgläubiger angegangen hätten, ihnen die betreffenden Capitalien stehen zu lassen, unmöglich gegen die Kläger geltend machen können, daß diese die Insatzgläubiger in der Zwischenzeit wegen der Zinsen nicht befriedigt und hierdurch die Aufkündigung der Capitalien, sowie die Ausklage der Hypotheken veranlaßt hätten, indem ein solcher Einwand nur dann von Erheblichkeit sein würde, wenn sie die Beklagten zur Belassung der Insatzcapitalien bei den betreffenden Gläubigern Schritte gethan hätten und diese durch die Versäumniß der Kläger fruchtlos geblieben wären; daß

— — — — — — — — — — — — —

10) der klägerische eventuelle Antrag auf Versteigerung der fraglichen Liegenschaft auf Gefahr und Kosten der Beklagten, nicht nur in analoger Anwendung der Vorschrift des Art. 14 des Gesetzes vom 8. Juli 1817 die Ausklage der Hypotheken ꝛc. betreffend, sondern auch in der Natur der Sache begründet erscheint, da auf diesem Wege der für die Kläger zunächst entstandene Schaden in unzweifelhafter Weise ausgemittelt wird, während den Klägern die Liquidation des ihnen etwa sonst durch den weiteren Verzug der Beklagten und eventuell durch die etwaige Unausführbarkeit der gedachten Versteigerung entstehenden Schadens vorzubehalten ist;

— — — — — — — — — — — — —

wird für Recht erkannt:

I. Die Beklagten sind schuldig, binnen 14 Tagen die in dem Interimskaufbrief bedungenen Hauptkaufbriefe gemeinschaftlich mit den Klägern zu errichten und den abgeschlossenen Kauf zu vollziehen, bei Vermeidung, daß die erkaufte Liegenschaft auf ihre Gefahr und Kosten öffentlich versteigert werde und sie, die Beklagten, zur Vergütung des etwaigen Minderwerths schuldig erkannt werden.

— — — — — — — — — — — — —

Durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 30. April 1856 auf Appellation der Beklagten wurde das stadtgerichtliche Urtheil unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten bestätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 29. December 1856.

Auf Appellation der Beklagten.

Erkannt:

daß die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 30. April 1856, wie hiermit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, in Betreff des Präjudizes und der Prozeßkosten aber dahin abzuändern,

daß bei fortgesetzter Weigerung der Beklagten denselben zum Zwecke des Vollzuges des vorliegenden Kaufgeschäfts ein curator ad hoc zu ernennen sein werde; daß ferner die Kosten der vorigen Instanz zu einem Viertheile zu compensiren und nur zu drei Viertheilen die Beklagten in selbige zu verurtheilen seien;

und wird, unter gleichmäßiger Entscheidung über die Kosten gegenwärtiger Instanz die Sache nunmehr an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Die Beklagten haben ihre Principalbeschwerde (Gravamen II. voriger Instanz), daß nicht statt condemnatorisch absolutorisch gesprochen worden sei, durch zwei Argumente zu rechtfertigen gesucht. Sie haben

1) geltend gemacht, daß auf die beiden in Rede stehenden Liegenschaften schon zur Zeit der Unterzeichnung des Interimskaufbriefes zwei, von den Klägern damals nicht angezeigte Nachtungen von fl. 48. 23 kr. und fl. 48. 3 kr. resp. mit 5 pCt. Zinsen und einigen Kosten gehaftet hätten; daß ferner noch nach dem vorgedachten Zeitpunkt eine neue Nachtung von fl. 200 nebst 5 pCt.

Zinsen seit November 1852 auf die Liegenschaften gelegt worden sei; daß endlich die Kläger mit einigen Zinsen auf das in den Liegenschaften versicherte Insatzkapital von fl. 7300 in Rückstand sich befinden. Mit Bezugnahme auf diese Umstände und unter Berufung darauf, daß sie den Ueberschuß des auf fl. 11500 festgestellten Kaufpreises über das vorgedachte Insatzkapital der fl. 7300, also den Belauf von fl. 4200 nach § 3 des Interimskaufbriefs frühestens nach drei Jahren sollten auszahlen und bis dahin nur mit 4 pCt. verzinsen müssen, haben sie behauptet, daß sie den Hauptkaufbrief zu vollziehen nicht verpflichtet erscheinen könnten, da sie in Folge dessen in die Lage kommen würden, jene Nachtungsbeträge und den Belauf der rückständigen Zinsen auf das Anfordern der Nachtungs- und resp. Insatzgläubiger schon vor dem Ablaufe des dreijährigen Zeitraums auszuzahlen, resp. mit 5 pCt. — statt nach dem im Uebrigen vereinbarten Zinsfuße von 4 pCt. — zu verzinsen.

Sie haben

2) angeführt, die Insatzgläubiger hätten die ihnen zuständigen Capitalforderungen gekündigt. Nun hätten aber nach dem Sinn und Wortlaute des § 3 des Interimskaufbriefes die Kläger das Stehenbleiben der fl. 7300 garantirt, und mithin die Pflichten gehabt, in dem jetzt vorliegenden Fall einer Kündigung von Seiten der Hypothekarien für die Ersetzung der Insatzcapitalien durch andere Capitalposten zu sorgen. Da dieß nicht geschehen sei, auch die Kläger die vorbemerkte Verbindlichkeit nicht einmal anerkennen wollten, so seien sie, die Beklagten, von jeder Verbindlichkeit aus dem Hauptgeschäfte frei.

Nun hat es

ad 1) freilich seine Richtigkeit, daß die Beklagten nicht verbunden sein würden, die Liegenschaften mit einer andern hypothekarischen Last als den bereits auf selbigen haftenden fl. 7300 Insatzschulden und einer auf drei Jahre unkündbaren, nur mit 4 pCt. verzinslichen ferneren Schuld von fl. 4200 sich übertragen zu lassen, so daß sie es also hätten ablehnen dürfen, auf die erwähnten fl. 4200 die sofort exigibele und resp. mit 5 pCt. verzinslichen Nachtungen von zusammen fl. 296. 26 kr., ferner die, wenn vorhanden, ebenfalls jederzeit von Seiten der Hypothekarien einzufordernden Zinsenrück-

stände zu übernehmen, allein eine solche Uebernahme ist klägerischerseits ihnen gar nicht zugemuthet worden. Die Kläger haben vielmehr sowohl vor dem Prozeß, als in demselben sich erboten, vor der Vollziehung des Kaufgeschäftes die Tilgung der Nachtungen und die Beseitigung der etwaigen Zinsenrückstände zu bewirken.

Nun kann es dahingestellt bleiben, ob dieß nothwendiger Weise schon vor der Vollziehung des Hauptkaufbriefes hätte zur Ausführung gebracht werden müssen und nicht früh genug bis zur Tradition oder resp. Transscription hätte geschehen können; denn jedenfalls würden die Beklagten nur berechtigt gewesen sein, eine dilatorische Einwendung auf Grund des von ihnen Angeführten vorzuschützen, nicht aber, wie sie versucht haben, sich deßhalb gänzlich vom Handel loszusagen. Und da nun die drei Nachtungen schon im Laufe des Prozesses getilgt worden sind, mithin der hierauf bezügliche Ablehnungsgrund seine völlige Erledigung gefunden hat, in Betreff der Zinsenrückstände aber es an einer nähern Substanziirung fehlt, übrigens auch in gewissem Umfange das Verhaftetsein der verkauften Grundstücke für die Zinsen der Insatzschulden, da dieselben jeweilig laufen, unvermeidlich ist, folglich eine deßfallsige Regulirung zur Zeit des schließlichen Uebergangs der Liegenschaften stattfinden muß, so erscheint der hier in Betracht gezogene Weigerungsgrund der Beklagten hinfällig.

Anlangend den Punkt

sub 2) so kann in Betreff desselben dem Stadtgerichte darin nur beigestimmt werden, daß in den Worten des Interimskaufbriefes (§ 3):

„den Kaufpreis von fl. 11500 entrichten die Käufer

d) durch Uebernahme der den Grundstücken bereits haftenden Insätze von fl. 7300 u. s. w.“

keine Verpflichtung der Kläger ausgesprochen ist, den Beklagten dafür zu haften, daß die Insatzgläubiger die Capitalien ungekündigt stehen lassen würden. Durch jene Bestimmung ist nur gesagt, die Käufer sollten im Verhältnisse zu den, auf den Liegenschaften bereits haftenden Hypothekschulden in die Stelle der Verkäufer treten. Wie diesen bis dahin hätte gekündigt werden können, so trat für die Käufer diese Möglichkeit in Betreff der fernern Zeit ein. Und selbst wenn

zwischen dem Zeitpunkte des Verkaufsabschlusses und demjenigen der Tradition oder der Transscription eine Kündigung erfolgt sein sollte, welche erst nach dem letzteren wirksam geworden wäre, so würde es die Sache der Beklagten gewesen sein, die Auszahlung des gekündigten Kapitals, sei es aus eigenen Mitteln, oder durch Aufsuchung eines neuen Darleihers, zu bewirken. Die Kläger, als Verkäufer, hatten nur dafür zu sorgen, daß das Grundstück nicht durch eine schon vor dem Lieferungszeitpunkte fällig werdende Kündigung und dadurch herbeigeführte Zwangsversteigerung ihnen entzogen werde, und sie dadurch die Möglichkeit verlören, das Verkaufsobject den Käufern überliefern zu können. — Umstände dieser Art liegen nun aber nicht vor, vielmehr ruheten ausweislich des beklagtischen Appellationslibells gegenwärtiger Instanz die Insatzcapitalien noch im Juli 1856 unverändert auf den Liegenschaften, und nur das ist von den Beklagten behauptet worden, daß die Gläubiger sich geweigert hätten, die Insätze ferner stehen zu lassen, worauf es zufolge des Obigen nicht ankommt.

Mußte somit die Principalbeschwerde der Beklagten verworfen werden, so kam es nur noch auf die beiden eventuellen Beschwerden derselben an, daß

1) ihnen nicht wenigstens der Beweis nachgelassen worden sei, daß die Kläger ihnen die Zusage ertheilt und die Garantie geleistet hätten, die Insatzgläubiger würden ihnen die Capitalien stehen lassen (Grav. III voriger Instanz);

2) daß ihnen die Vollziehung des Hauptkaufbriefs unter dem Präjudiz des öffentlichen Verkaufs zur Pflicht gemacht worden sei (Grav. IV voriger Instanz).

Von diesen Beschwerden erschien die erstere unbegründet; der letztern war dagegen zu entsprechen.

ad 1) Daß nichts in den Worten des § 3 des Interimskaufbriefs: „den Kaufpreis berichtigen die Käufer a) durch Uebernahme der Insätze von fl. 7300 u. s. w." eine Garantieleistung liege, für etwaige Kündigungen der Hypothekarien aufkommen zu wollen, ist schon oben angeführt worden. — Mit jenem Wortlaute würde es indessen vereinbar sein, daß neben der Urkunde eine Zusage der in Rede stehenden Art von Seiten der Kläger gegeben worden sei, und

wenn eine factische Ausführung hierüber mit gehöriger Bestimmtheit vorgebracht worden wäre, so hätte den Beklagten dieses Punktes halber Beweisführung nachgelassen werden müssen. — Allein an einer solchen Anführung fehlt es. Die Beklagten haben freilich excipiendo von einer „Zusage und Garantie der angegebenen Art geredet, allein hinzugefügt,

> „diese Zusage liege der Bestimmung in § 3. sub 1 des Interimskaufbriefes zu Grunde. Diese Bestimmung sei in solcher Weise aufzufassen."

Und duplicando sagen die Beklagten:

> „Dieser Zusage entsprechend sei der Kaufbrief abgefaßt worden."

Eine separate, außerhalb des Kaufbriefs ertheilte Zusage soll also nicht erfolgt sein, und nur die Auslegung des § 3 ist es, welche die Beklagten in dem angegebenen Sinne vorzunehmen versuchen, wobei ihnen indessen, wie oben gezeigt worden, nicht beigestimmt werden kann.

Abgesehen vom Vorbemerkten steht den Beklagten die Allgemeinheit der von ihnen vorgebrachten Angabe entgegen. Es ist nicht wohl denkbar, daß ein Verkäufer eine Zusicherung der fraglichen Art für alle Folgezeit — also der Zeit noch unlimitirt — ertheilen werde, und die Beklagten haben eine solche Zusage denn auch nicht behauptet. Allein ebenso wenig haben sie angegeben, in welcher andern mindern Ausdehnung die klägerische Zusage ertheilt sein solle, und mithin muß das hier in Betracht gezogene Vorbringen auch aus diesem Grunde für ungenügend, um eine Beweisnachlassung zu motiviren, angesehen werden.

Was dagegen

ad 2) das vom Stadtgerichte gestellte Präjudiz „des öffentlichen Verkaufs" anlangt, so entspricht es zuvörderst der dermaligen Sachlage überhaupt nicht, den Beklagten schon jetzt materielle Executions-Maaßregeln anzudrohen. Hierzu würde erst dann Veranlassung vorhanden sein, wenn die Kläger ihre Bereitschaft außer Zweifel gestellt hätten, diejenigen Leistungen zu beschaffen, deren Erfüllung ihnen nach Vollziehung des Hauptkaufbriefs obgelegen hätte, insbesondere die Tradition und Transscription der Liegenschaften nach Maaßgabe der contractlichen Bestimmungen in Ausführung zu

bringen. Abgesehen aber hiervon würde sich die Befugung der Kläger zum öffentlichen Verkaufe der in Rede stehenden Grundstücke, wenigstens ohne Weiteres, nicht rechtfertigen lassen, wie denn insbesondere die vom Stadtgericht angezogene nur von Zwangsverkäufen abseiten der Hypothekarien handelnde Bestimmung des Art. 14 der Verordnung vom 8. Juli 1817 auf Fälle von Privatverkäufen über Grundstücke keine analogische Anwendung leidet. — Gegen den in mora accipiendi befindlichen Käufer ist, wo nicht besondere gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Normen die sofortige Autorisation des Verkäufers zum öffentlichen Verkaufe verstatten, auf dem gewöhnlichen Executionswege zu verfahren, und nur in fernerer Eventualität kann unter Umständen die vorgedachte Maaßregel gerechtfertigt erscheinen.

Für jetzt würde das nächstliegende und an sich ausreichende Präjudiz dasjenige sein, daß bei fernerer beharrlicher Weigerung der Beklagten, der in Rede stehenden Verbindlichkeit zu entsprechen, angenommen werde, der Hauptkaufbrief sei in Gemäßheit der getroffenen Verabredung vollzogen. Da indessen die Beklagten (eventuell) beantragt haben, die Bestellung eines curator ad hoc, um an ihrer Stelle zu handeln, für den gedachten Fall stattfinden zu lassen, und da nach dem Zeugnisse

Bender's Handbuch des Frankf. Privatrechts S. 38

diese Maaßregel in der Frankfurter Praxis nicht ungewöhnlich ist, konnte kein Bedenken dabei gefunden werden, das Präjudiz demgemäß zu bestimmen.

Die in Betreff des letzten Punktes bewirkte Abänderung der früheren Entscheidungen war übrigens nicht erheblich genug, um eine gänzliche Compensation der bisher aufgelaufenen Prozeßkosten zu bewirken, und erschien es angemessen, bei der Condemnation der in der Hauptsache unterliegenden Beklagten in die Kosten erster Instanz, vor welcher wegen des Präjudizes keine irgend umfangreiche Verhandlungen Statt gefunden haben, es verbleiben zu lassen, und in Betreff der Kosten der höheren Instanzen so, wie im Urtheile geschehen, auf Compensation einer verhältnißmäßig geringen Quote zu erkennen.

106.

L. D., Klägerin und Widerbeklagte wider **F. C. M. W.**, Beklagten und Widerklägern, Forderung aus Schwängerung und Eheversprechen, jetzt nachgesuchte Restitution betreffend.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts
vom 10. Januar 1857.

In Erwägung, daß

1) nach § 160 der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung das Versehen des Sachführers, ohne Unterschied, ob es in einem factischen oder einem Rechtsirrthum besteht, eine justa causa restitutionis sein soll;

2) diese causa auch im gegenwärtigen Fall in einem beträchtlichen Grade wahrscheinlich gemacht ist, indem

a) der Sachführer erklärt und eidlich zu erhärten sich erboten hat, daß die Versäumung der Einführungsfrist nur dadurch herbeigeführt sei, daß er irriger Weise angenommen habe, der Lauf dieser Frist werde durch die Gerichtsferien dergestalt sistirt, wie dieß für die unteren Instanzen in Frankfurt Art. 8 der provisorischen Gerichts-Ordnung bestimmt, seine Parthei dabei aber völlig ohne Schuld sei und dieses vom Advocaten gegen sich ausgestellte Zeugniß noch dadurch unterstützt wird, daß

b) die Parthei eine auswärtige ist, welche ihren Sachführer zugleich zum Mandatar bestellt und demselben dadurch außer der Abfassung der Schriften auch alles sonst noch zur Betreibung des Prozesses Erforderliche übertragen hat, und

c) die Nothfrist, abgesehen von dem geltend gemachten Rechtsirrthum, genau eingehalten sein würde, indem die Appellationsschrift hierselbst am 25. October übergeben worden ist;

3) wider den Sachführer jedoch wegen des ihm zur Last fallenden Verschuldens nach Vorschrift des § 160 der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung eine Strafe erkannt werden muß;

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die von der Klägerin gegen die Versäumung der Einführungs- und Rechtfertigungsfrist ihrer wider das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 11. August vorigen Jahres eingewendeten Appellation nachgesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wie hiermit geschieht, zu ertheilen, und demzufolge der Beklagte sich auf dem ihm bereits mitgetheilten Appellationslibell der Klägerin binnen gesetzlicher Frist, bei Vermeidung des Ausschlusses, vernehmen zu lassen verbunden, der Sachführer der Klägerin aber nicht nur in eine binnen vier Wochen, bei Vermeidung von Zwangsmaaßregeln, an die Canzlei des Ober-Appellationsgerichts zu erlegende Strafe von 30 Mark Courant zu verurtheilen, sondern auch schuldig sei, beiden Theilen die Kosten des eingetretenen Restitutionsverfahrens aus eigenen Mitteln zu erstatten;

und soll übrigens das Appellationsgericht nunmehr um die Einsendung der Voracten ersucht werden.

107.

Victor Robert Johann von Nepomuk Daniel Hertz, Kläger wider **Ludwig Maier Maas**, Beklagten, wegen Forderung.

Aus dem Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 4. Juli 1855.

In Erwägung, daß

— — — — — — — — — — — — —

2) Beklagter dem Kläger gegenüber geständig ist, dem Erblasser desselben, Moses Isaac Hertz, aus verschiedenen Geschäften in den Jahren 1830 — 1834 die Summe von fl. 1116. 30 kr. schuldig geworden zu sein; auch

3) die in der Vernehmlassung Seite 3 und der Schlußerklärung Seite 4 enthaltene Behauptung des Beklagten, daß er seiner Zeit dem verstorbenen Moses Isaac Hertz für die eingeklagte Forderung Wechsel und zwar eigene Wechsel ausgestellt habe, die vorgeschützte Einrede der Tilgung dieser Forderung nicht zu begründen vermag, indem die Ausstellung eines eigenen Wechsels über den Betrag einer Schuld des Ausstellers und die Aushändigung dieses Wechsels an den Gläubiger ebensowohl in der Absicht, hierdurch die ursprüngliche Schuld zu tilgen, als auch in der Absicht, dem Gläubiger eine größere Sicherheit zu gewähren, erfolgen kann,

Günther im Archiv für deutsch. W. R. IV. S. 148 flg., Beklagter aber nicht zu behaupten vermag, daß bei der von ihm angeführten Ausstellung von Wechseln es seine und des verstorbenen Hertz Absicht gewesen sei, daß dadurch die ursprüngliche Forderung getilgt werden solle, er vielmehr diesen Erfolg als nothwendige Folge einer jeden Ausstellung eines Wechsels darzustellen sucht; dagegen

4) der Anspruch des Klägers auf Verzinsung der eingeklagten Forderung vom Tage der in Folge der behaupteten, jedoch von dem

Beklagten verabredeten, besondern Zahlungsversprechen eingetretenen Fälligkeit der einzelnen Posten oder gar vom Tage der geleisteten Zahlungsversprechen zu verwerfen ist, indem durch ein solches Zahlungsversprechen auch nach den bei dem constitutum debiti proprii geltenden Grundsätzen eine Verbindlichkeit zur Zahlung von Zinsen ohne besondere Verabredung nicht begründet wird;

— — — — — — — — — — — — —

wird für Recht erkannt:

— — — — — — — — — — — — —

II. Beklagter ist schuldig, die eingeklagte Forderung — — nebst Zinsen zu 5 pCt. vom Tage der Klagbehändigung — 17. Jan. 1854 — an binnen vierzehn Tagen zu bezahlen.

— — — — — — — — — — — — —

IV. Kläger wird mit seiner auf fl. 1107. 45 kr. berechneten Forderung für Verzugszinsen abgewiesen.

— — — — — — — — — — — — —

Auf beiderseitige Appellation wurde das angefochtene Erkenntniß des Stadtgerichts durch Urtheil des Appellationsgerichts vom 17. September 1855 unter Vergleichung der Kosten bestätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 10. Januar 1857.

Auf Appellation des Beklagten.

Erkannt:

daß die Formalien der Appellation für gewahrt, die klägerische Adhäsion dagegen für unstatthaft zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 17. September 1855, wie hiermit geschieht, zu bestätigen, der Beklagte auch die Kosten der gegenwärtigen Instanz dem Kläger zu erstatten schuldig sei.

Entscheidungsgründe.

Nachdem der Kläger aus einem von ihm behaupteten constitutum debiti proprii, welches von Seiten des Beklagten im Verhältnisse zu dem verstorbenen klägerischen Erblasser Moses Isaac Hertz

über einen aus Staatspapiergeschäften dem Letztern um das Jahr 1830 geschuldeten Betrag von fl. 1116. 30 kr. eingegangen worden sei, geklagt hatte, hat der Beklagte freilich nicht geläugnet, jenen Belauf damals schuldig gewesen oder geworden zu sein, indessen in Abrede gestellt, daß ein constitutum Statt gefunden habe. Nicht ein Geschäft der letztern Art sei zwischen ihm und dem verstorbenen Hertz vollzogen worden, sondern er, Beklagter, habe demselben eigene Wechsel zu denjenigen Beträgen und mit den Verfallzeiten ausgestellt, welche der Kläger jetzt als dem constitutum angehörig gewesen bezeichne. Der Beklagte hat auf dieses Vorbringen die Einrede der Tilgung der ursprünglichen Schuld gestützt, indem die Ausstellung eines eigenen Wechsels über eine Schuld eine novatio privativa in Betreff der letztern bewirke und der Schuldner, resp. Wechselaussteller nur noch aus den Wechseln und nach Maaßgabe des Wechselrechts in Anspruch genommen werden könne. Der Kläger hat diesen Anführungen des Beklagten, soweit sie die Wechselausstellung betrafen, keinen Widerspruch entgegengesetzt; andererseits hat der Beklagte es im fernern Verfahren geschehen lassen, daß von dem ursprünglichen Klagfundamente seines Gegners — dem constitutum debiti proprii — abgesehen und die Entscheidung der Sache davon und zwar nur davon abhängig gemacht worden ist, ob durch die Ausstellung der eigenen Wechsel eine Tilgung der in Rede stehenden Schuld bewirkt worden sei.

Ueber diese Frage allein war demzufolge der Sachlage nach, abgesehen von der unten zu berührenden klägerischen Adhäsion, in gegenwärtiger Instanz zu entscheiden.

Wäre es hierbei auf das derzeit geltende Recht angekommen, so hätte die Beantwortung der in Rede stehenden Frage als eine sehr zweifelhafte angesehen werden müssen, da über dieselbe und über den Einfluß, welchen die neue Wechselordnung auf dieselbe ausübt, die Ansichten der Schriftsteller und die Aussprüche angesehener Gerichtshöfe sehr getheilt sind. — Allein eines Eingehens auf diesen Punkt bedurfte es nicht, weil die Wirkung, welche die im Jahr 1830 — oder etwas später — Statt gehabte Ausstellung der in Rede stehenden, in den Jahren 1833 und 1834 verfallenen Wechsel auf die denselben zu Grunde liegende Schuld ausgeübt hat,

selbstverständlich nur nach dem damals zu Frankfurt in Gültigkeit gewesenen Rechte beurtheilt werden kann.

Ueber dieß letztere besteht nun in Betreff des in Rede stehenden Punktes keine Ungewißheit.

Der Art. 46 der damals geltenden Wechsel- und Merkantil-Ordnung von 1739 schreibt nämlich vor, daß eigene Wechsel freilich Jahr und Tag nach Verfall das Wechselrecht verlieren, nach diesem Zeitpunkt aber vorläufig als Schuldscheine gelten und diese Rechte fünf Jahre behalten sollten, worauf denn „solche veraltete und inzwischen nicht erneuerte Wechselbriefe ganz erloschen und nicht mehr exigibel sein sollten."

Nach einer nahe liegenden, übrigens auch von den Schriftstellern über Frankfurter Recht übereinstimmend anerkannten Interpretation dieser Bestimmung liegt derselben die Auffassung zu Grunde, daß das den eigenen Wechseln als causa debendi dienende Geschäft durch die Wechselausstellung nicht erlösche, vielmehr ungeachtet derselben fortbestehe, so daß selbst die als Wechsel nicht mehr brauchbare Wechselurkunde noch eine Zeitlang als Beweismittel für die außerhalb des Wechsels bestehende Schuld benutzt werden dürfe. Daß diese letztere — die frühere causa cambii — durch die Wechsel-Ausstellung getilgt werde, ist somit nicht nur nicht, sondern das Gegentheil durch den cit. Art. 46 gesagt. Vergl.

Souchay, Anmerk. zu dem Frankf. Wechselges. 1845. S. 101.
Span, Frankf. Wechselordn. § 116.
Schulin, Bemerkungen zur Wechselordn. S. 58 und
Bender, Handb. des Frankf. Privatr. S. 854.,

bei welchem letztern Schriftsteller auch des Umstands Erwähnung gethan ist, daß bei Gelegenheit der im Jahr 1844 vorgenommenen Revision der ältern Wechselordnung die Auslegung des Art. 46 derselben in dem oben angegebenen Sinn als die richtige von der Gesetzgebung behandelt worden ist.

Demzufolge mußte auf Verwerfung der beklagtischen Appellation gesprochen werden.

Anlangend die klägerische Adhäsion, so hat dieselbe den Zweck, den von beiden vorigen Instanzen verworfenen Antrag des Klägers auf Verurtheilung des Beklagten in die Zinsen der eingeklagten

Beträge seit dem Eintritt ihrer Fälligkeit, der Urtheilsfällung des Ober-Appellationsgerichts zu unterziehen. Dieß mußte indessen als unstatthaft bezeichnet werden. Nachdem schon das Stadtgericht den vorgedachten Zinsenpunkt einer separaten Behandlung unterzogen hatte (in den Motiven unter 4 und 5, im Decisum unter IV.), hat der Kläger wegen desselben seinerseits eine besondere Appellation an die zweite Instanz gerichtet, und das Appellationsgericht hat über diesen Gegenstand in einem ebenfalls abgesonderten Theile seines Erkenntnisses gesprochen. Somit liegt die Unzulässigkeit der Adhäsion nach dem § 135 der Gerichts-Ordnung klar vor, wodurch zugleich die nur consecutive zweite Adhäsionsbeschwerde erledigt war.

Auf den Kostenpunkt konnten übrigens die Adhäsion und deren Unstatthaftigkeit, da durch erstere keine irgend in Betracht kommende Vermehrung der Kosten herbeigeführt worden ist, keinen Einfluß ausüben.

108.

Gottfried Klett zu Frankfurt, Impetrant, gegen Senator **Georg Christian Lorenz Meyer** und Dr. **F. C. Knauth** zu Hamburg als Testamentsvollstrecker von **Carl August Heinrich Lachmann**, Impetraten, wegen Arrestes für eine Legaten-Forderung.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 13. Januar 1857.

Die Impetraten haben den von dem Stadtgericht angelegten Arrest mit Unrecht angefochten. Denn

1) ihre Behauptung, der in Art. 51 der prov. Prozeß-Ordnung normirte Arrest von Frankfurter Bürgern und Angesessenen wider Fremde habe nur Handelsschulden zum Gegenstande, wird durch die allgemeine Fassung des Artikels widerlegt, und es ist kein Grund vorhanden, die Vorschriften des Art. 50 zu einer einschränkenden Erklärung des Art. 51 zu benutzen;

2) durch den von dem Appellationsgericht am 24. Jan. 1855 bestätigten Bescheid des Stadtgerichts II. vom 8ten deſſ. ist über die Unstatthaftigkeit eines jeden Arrestes in Frankfurt in Betreff der in Rede stehenden Forderung nicht rechtskräftig entschieden. Denn das Stadtgericht II. als Verwalter der freiwilligen Gerichtsbarkeit war hierzu nicht befugt, und der Inhalt seiner Verfügung, der Anspruch der Cedentin des jetzigen Impetranten, nicht gerichtet gegen den Erblasser, sondern gegen die Erben, könne nicht geltend gemacht werden bei einer Behörde, welche nur aufgefordert habe zur Anmeldung von Forderungen an den Erblasser, betrifft eine ganz andere Frage, als die ist, welche gegenwärtig zur Beurtheilung steht, nämlich, ob die Forderung an die Erben in Frankfurt um deßwillen geltend gemacht werden könne, weil sich daselbst Vermögen

der Erben vorfinde, welches in rechtsbeständiger Weise mit Arrest belegt werden dürfe. In dieser Beziehung kommt Alles darauf an, ob die Erfordernisse des Art. 51 vorhanden sind. Letzteres mußte angenommen werden. Es ist nämlich

3) die Forderung des Impetranten durch den Codicill vom 25. September 1841 vorläufig ausreichend bescheinigt. Seine Form ist nach dem Recht von Frankfurt, wo er errichtet ward, zu beurtheilen. War er im Testament bestätigt, so bedurfte es der Zuziehung von Zeugen nach Ref. 4. 12 und 5 überall nicht, wenn unbestätigt, nach Ref. a. a. O. § 4, nur dreier Zeugen. Auch letztere Form ist beobachtet;

vergl. l. 27. D. qui test. facere possunt. 28. 1.

mithin die Frage, ob die Bestätigungsclausel aus dem Testamente vom 8. December 1840 in der Appellations-Instanz noch zeitig beigebracht sei, müßig. Ergeben sich nun auch die Personen der Erben aus der von Impetraten unbeanstandeten Bekanntmachung des Niedergerichts zu Hamburg in der Börsenhalle vom 25. Januar 1855, so fragt es sich ferner,

4) ob die Klage eines Vermächtnißnehmers aus dem Testament schon vor dem Antritte der Erbschaft, sowie ob sie gegen die Testamentsvollstrecker angestellt werden könne. Beide Fragen sind nach dem Rechte des Ortes, wo die Erbschaft eröffnet ward, zu beurtheilen, also nach dem Rechte des Wohnorts des Erblassers. Dieser war, wie Stadtgericht II. und Niedergericht zu Hamburg mit Recht übereinstimmend angenommen haben, Hamburg, und Frankfurt nur sein zeitiger Aufenthaltsort. Es fragt sich also nur, ob der Richter zu Frankfurt das Recht von Hamburg ohne Weiteres anwenden durfte, wenn es ihm bekannt war, sowie welches Recht zu Hamburg in die gedachten Beziehungen gilt. Die erste Frage war unbedenklich zu bejahen, und in Betreff der letzteren ist die Befugniß der Testamentsvollstrecker zu Rechtsstreiten mit Vermächtnißnehmern ebenso unbestritten,

Baumeister, Hamb. Privatr. B. 2. § 113. S. 282. Nr. IV.,

wie der Umstand, daß es zur Uebertragung der in der Erbmasse enthaltenen Vermögensrechte nach Abzug der Schulden in Hamburg keiner Antretung bedarf, von letzteren aber der Erbe sich persönlich

nur dadurch befreien kann, daß er binnen sechs Wochen seit Kunde des Todes die Erbschaft ausschlägt, oder mit der Rechtswohlthat des Inventars antreten zu wollen erklärt.

Baumeister, a. a. O. § 125. S. 376 — 384.

5) Der Einwand, daß die Cession nur Statt gefunden habe, um in Frankfurt den Gerichtsstand des Arrestes zu begründen, erledigt sich durch die Bemerkung, daß solches völlig erlaubt sei, wie von dem Ober-Appellationsgericht in Sachen

von Venningen ca. Kirchheim, 14. September 1850 *)

ausgeführt worden ist. Dagegen würde

6) die Einrede der Beklagten, daß die Cession simulirt sei, welche, wie das Ober-Appellationsgericht schon mehrfach erkannt hat, ohne weitere Substantiirung Berücksichtigung finden muß, auch gegenwärtig solche gefunden haben, wenn sie in einer dem Erforderniß der Liquidität im Arrestverfahren entsprechenden Weise bescheinigt worden wäre. So sehr aber auch die Zeit, zu welcher die Cession erfolgte, die Creditirung des Kaufpreises und der Inhalt der Forderung auf eine Simulation hinweisen, für ausreichend konnte dieses Alles nicht erachtet werden, um auf Grund hiervon den Arrest aufzuheben. Dieses dürfte auch schließlich

7) nicht um deßwillen geschehen, weil die Bescheinigung der Forderung mittelst des Codicills durch die in der Produktion des Contracts vom 8. December 1840 mit der Punktation vom 14. August 1852 liegende Gegenbescheinigung aufgehoben sei, da es unangemessen wäre, über die Hauptfrage ohne vorgängige vollständige Erörterung derselben zu entscheiden.

Nach diesem Ergebniß hätten Impetraten sämmtliche Kosten des Arrestverfahrens zu tragen, wenn es nicht bei der im vorigen Urtheil ausgesprochenen unangefochtenen Vergleichung der Kosten erster Instanz zu belassen gewesen wäre.

---

*) Siehe Seite 59.

Auszug aus den Seite 58 angeführten Entscheidungsgründen in Sachen

von Venningen ca. Kirchheim 1850.

Einmal würden

α) wenn etwa Hirsch seine Forderung an Kläger bloß um deßhalb und zu dem Behufe cedirt hätte, weil dieser gegen den Beklagten zu Frankfurt einen Arrest auszuwirken im Stande war, und damit gegen denselben wirksamere Zwangsmittel, als in dessen ordentlichem Gerichtsstande zu Gebote standen, gewonnen würden, hierin ein unerlaubter dolus, welcher den ganzen Act annullirt, überhaupt nicht gefunden werden können, da die Freiheit der Rechtsausübung nothwendig auch die Befugniß zur Auswahl der für die Realisirung des Anspruchs vortheilhaftesten Wege, dafern diese nur gesetzlich erlaubt sind, involvirt. Andererseits darf

β) der Rechtsgrundsatz, daß durch die Cession der Debitor nicht deterioris conditionis werden solle, überhaupt nicht, wie hier vom Beklagten geschehen will, auf solche Folgen mitbezogen werden, welche nur mittelbar und durch Hinzutritt zufälliger Umstände aus der Cession erwachsen; und am wenigsten darf er so weit ausgedehnt werden, daß sogar für die prozessualische Rechtsverfolgung, im Gegensatz der cedirten Forderung selbst, der Cessionar gehindert wäre, von den ihm ex persona propria zuständigen Rechten, hier dem den Frankfurter Bürgern in Bezug auf Arreste gegen Fremde zukommenden Vorrechte Gebrauch gegen den Debitor cessus zu machen.

Vergl. Mühlenbruch, Ceff. der Fordrgsrechte, 2ter Ausgabe § 58 zu E. S. 560.

v. Vangerow, Pand., Th. III. § 575. S. 116. zu E. und S. 124.

Zugegeben daher, daß Beklagter, weil er in Frankfurt das ihm in seinem Vaterlande gebührende privilegium fori nicht genießen kann, und weil ohne die Cession ein Arrestschlag gegen ihn weder zu Frankfurt, noch in seiner Heimath möglich gewesen wäre, sich in nachtheiligerer Lage befinde, würde dieserhalb noch nicht die Cession selbst angefochten und am wenigsten als ganz nichtig behandelt werden können.

109.

Gottfried Klett zu Frankfurt, Kläger wider Senator **Georg Christian Lorenz Meyer** und Dr. **F. C. Knauth** zu Hamburg, als Testamentsvollstrecker von **Carl August Heinrich Lachmann**, Beklagte, wegen Legatenforderung.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 3. December 1855.

In Erwägung, daß

1) Kläger seine Klage auf Verabfolgung eines Legatrestes unter beiläufiger Erwähnung des von dem Stadtgericht II. bestellten Curators des hiesigen Nachlasses gegen die Lachmann'schen Testaments-Executoren gerichtet und eventuell die Adcitation der Testamentserben beantragt hat;

2) die von den Beklagten vorgeschützten Einreden der verfrühten Klage und der ungerecht gewählten Beklagten zunächst und ohne in die Hauptsache weiter einzugehen, in Betracht zu ziehen sind, da, wenn diese Einreden begründet, Kläger angebrachtermaaßen abzuweisen sein wird;

— — — — — — — — — — — — —

und daß

9) bei der vorliegenden Mangelhaftigkeit der mit dem Real-Arrestgesuch verbundenen Klage jene ebenfalls wegzufallen hat,

wird für Recht erkannt:

Es wird unter Aufhebung des durch das Decret vom 31. Januar 1855 verfügten Realarrestes Kläger mit der erhobenen Klage angebrachtermaaßen abgewiesen und zum Ersatz der den Beklagten verursachten Prozeßkosten verurtheilt.

Erkenntniß des Appellationsgerichts
vom 11. Februar 1856.

Auf beiderseitige Appellation.

In vorliegender Sache ist vor Allem die Beschwerde der Beklagten einer Prüfung zu unterziehen, indem, wenn dieselbe für begründet erachtet werden müßte, die Beschwerde des Klägers nicht weiter in Betracht kommen könnte. Daß aber die gegenwärtige Instanz auf eine Prüfung der vorgeschützten peremtorischen Einreden eingehen und je nach dem Ergebnisse dieser Prüfung erkennen kann, obgleich dieß in erster Instanz noch nicht geschehen ist, unterliegt keinem Zweifel.

Die Ansprüche der Klage werden aus dem Lachmann'schen Codicill vom 25. September 1841 abgeleitet. Daß dieses Codicill in einer bestimmten Beziehung zu dem sogenannten Dienst- und Schenkungsvertrage steht, welchen Lachmann unter dem 8. December 1840 mit Maria von Krieg abgeschlossen hat, unterliegt keinem Zweifel. Wenn nach letzterm die Summe von fl. 50,000 erst nach Ablauf einer genau bestimmten Dauer des Dienstverhältnisses von der Schenknehmerin erworben, bei geringerer Dauer aber entsprechend vermindert werden soll, so spricht sich dagegen in dem ersteren die Absicht aus, jene Unterscheidungen auszugleichen und der Schenknehmerin, je nach Dauer der Dienstzeit, so viel legatweise zuzuwenden, als sie nach dem Schenkungsvertrage weniger als fl. 50,000 erhalten würde.

Das Legat fällt darum, und zwar nach den eigenen Worten des Codicills mit dem Zeitpunkte hinweg, in welchem die Schenknehmerin „nach dem Schenkungsacte zum Empfang der vollen fl. 50,000 berechtigt ist."

Die weiteren Worte des Codicills:

> „Meine einfache Absicht dabei ist, daß Maria von Krieg-Hochfelden jeder Zeit bei meinem Tod eine Remuneration von fl. 50,000 erhalte,"

haben ihre beschränkende Erläuterung aus dem vorher bestimmt und deutlich ausgesprochenen Zwecke des Vermächtnisses und aus der unmittelbar vorhergehenden Bestimmung wegen des Wegfalls des Vermächtnisses zu empfangen.

Es ergeben nun aber die Acten weiter das Nachfolgende:

1) Der Anspruch der Maria von Krieg auf den vollen Betrag der Schenkung von fl. 50,000 war nach Art. 4 des Vertrags mit dem 9. December 1844 eingetreten, mit diesem Tage war darum auch nach den bestimmten Worten des Codicills das darin vorsorglich verschaffte Legat erloschen.

2) Nach Art. 4 des Vertrags war ferner der Anspruch der Maria von Krieg an die Bedingung geknüpft, daß die Schenknehmerin die nach Art. 1 des Vertrags übernommenen Verbindlichkeiten gegen den Schenker bis zu dessen Tode fortleisten werde. Diese Bedingung ist nicht eingetreten, und bei dem Zusammenhange, welcher zwischen dem Codicill und dem Schenkungsvertrage besteht, fallen auch hiermit die Ansprüche der Klage hinweg.

3) Die Maria von Krieg hat in einem Vertrage vom 18. August 1852 — Anlage G der Erklärung auf die Klage — also zu einer Zeit, in welcher der Schenkungsvertrag vom 8. December 1840 längst bereits rücksichtlich der ganzen Schenkungssumme in Kraft getreten war, gegen Empfang einer Vergleichssumme von fl. 30,000 den Schenkungsvertrag für aufgehoben und unverbindlich erklärt und auf alle und jede Ansprüche aus jenem Vertrage verzichtet, so daß auch aus diesem Grunde die jetzt von derselben oder ihrem Cessionar erhobenen Ansprüche als vollkommen hinfällig erscheine.

Diesemnach wird das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 3. December 1855 unter Verwerfung der Appellation des Klägers, dagegen in Berücksichtigung der dawider eingebrachten Appellation der Beklagten aufgehoben und abändernd zu Recht erkannt:

1) Kläger ist mit der erhobenen Klage ab- und zur Ruhe verwiesen und der durch Decret des Stadtgerichts vom 31. Januar 1855 verfügte Realarrest wieder aufgehoben.

2) Kläger ist schuldig, den Beklagten
   a) den durch den impetrirten Arrest zugefügten Schaden praevia liquidatione und
   b) die in erster Instanz erwachsenen Kosten ganz und die Kosten der gegenwärtigen Instanz zur Hälfte zu erstatten.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 13. Januar 1857.

Auf Appellation des Klägers.

Erkannt:

Daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 11. Februar vorigen Jahres, wie hiermit geschieht, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten gegenwärtiger Instanz zu bestätigen sei, und wird nunmehr die Sache an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Auch haben der Kläger und sein Anwalt, Dr. — —, wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels ein Jeder eine Strafe von 30 Mark Courant binnen vier Wochen bei Vermeidung von Zwangsmaaßregeln an die Canzlei des Ober-Appellationsgerichts zu erlegen.

Entscheidungsgründe.

Sämmtliche Beschwerden des Klägers mußten verworfen werden. Er hält das vorige Erkenntniß

1) um deßwillen für nichtig, weil dasselbe die materielle Hauptfrage entschieden habe, ohne daß solche zuvor Gegenstand der Beurtheilung in erster Instanz gewesen wäre, und verlangt mittelst seiner ersten Beschwerde, daß sich der zweite Richter auf eine Beurtheilung der Fälligkeit des Anspruchs, sowie des Mangels der Passivlegitimation beschränke, und die Entscheidung über die Hauptsache an die erste Instanz zurückgewiesen werde. Es ist aber ein vom Ober-Appellationsgerichte durchgängig befolgter Rechtssatz, daß der Richter einer folgenden Instanz über in den Acten bereits verhandelte Streitpunkte, welche nicht Gegenstand der Beurtheilung in einer der früheren Instanzen gewesen sind, zu entscheiden berechtigt ist, insofern seine Entscheidung kein ungünstigeres Ergebniß zu Folge hat, als dasjenige ist, was bereits in dem angefochtenen Urtheil ausgesprochen wurde. Selbst die letztere Beschränkung fällt aber dann hinweg, wenn der Gegner selbstständig ein Rechtsmittel ergriffen und mittelst

desselben eine weiter gehende Entscheidung beantragt hat. Dieser Fall liegt hier vor, da die Ansicht des Klägers, die Beklagten hätten mittelst Aufstellung ihrer Beschwerde in zweiter Instanz nur bezweckt, das Appellationsgericht zu veranlassen, die Verpflichtung des Stadtgerichts, auch in der Hauptsache über den Inhalt des Codicills zu entscheiden, auszusprechen, nach Fassung der Beschwerden, wie Beklagte mit Recht hervorheben, unrichtig ist. Der Kläger verlangt sodann

2) mittelst der zweiten und dritten Beschwerde:

a) daß die Beklagten als die richtigen und die Forderung als fällig anerkannt, sowie

b) daß dieselben zur Auszahlung des Vermächtnisses von fl. 20,000 verurtheilt werden.

Es bedurfte jedoch in ersterer Beziehung der Zeit einer Beurtheilung nicht, da anzunehmen war, daß der Frau Court, und mithin auch ihrem Cessionar ein Recht aus dem Codicill vom 25. September 1841 auf den Bezug von fl. 20,000 überall nicht zustehe. Das Recht derselben war, nach der völlig klaren Fassung der Verfügung § 2, an zwei Bedingungen geknüpft, welche ausgefallen sind. Die erste bestand darin, daß der Testirer vor Ablauf der Zeit verstürbe, nach deren Ablauf die Vermächtnißnehmerin, vermöge Vertrags vom 8. December 1840, in den vollen Genuß der von ihr stipulirten fl. 50,000 gelangen würde. Der Testirer hat aber diesen Zeitpunkt überlebt. Die zweite bestand darin, daß die Vermächtnißnehmerin bei dem Testirer bis an dessen Tod verbleiben würde. Denn der Eingang des § 2 weist deutlich darauf hin, daß der Codicill von dem Vertrage vom 8. December 1840 abhängig sein und mit diesem fallen solle. In dem letzten, vergl. Art. 7, war aber der Bezug der fl. 50,000 ausdrücklich an die obgedachte Bedingung geknüpft, sie war daher zugleich Bedingung des Vermächtnisses. Auch diese Bedingung ist ausgefallen, da die Vermächtnißnehmerin den Testirer vor seinem Tode verlassen hat. Die einzige Stütze des Klägers bilden die Worte des Codicills: „Meine einfache Absicht dabei ist, daß Maria von Krieg-Hochfelden jederzeit bei meinem Tod eine Remuneration von fl. 50,000, sage fünfzigtausend Gulden, erhalte.“ Diese Stütze ist jedoch hinfällig, da das Wort „dabei“

mit hinlänglicher Deutlichkeit darauf hinweist, daß das Vermächtniß nicht unter allen Umständen hinterlassen, sondern daß dasselbe an die in dem vorhergehenden Tenor des Codicills, sowie in dem Vertrag festgestellten obgedachten Bedingungen geknüpft sein solle.

Bei diesem Ergebniß war es unnöthig, des Weiteren zu untersuchen, ob auf Grund der Vereinbarung vom $^{14}/_{18}$. August 1852 ein Widerruf des Vermächtnisses anzunehmen, sowie, ob dasselbe auf Grund der zwischen dem Testirer und der Vermächtnißnehmerin ausgebrochenen Mißhelligkeiten erloschen sei.

Die Bestätigung des vorigen Erkenntnisses, wobei es sich übrigens von selbst versteht, daß unter den Schäden des Arrestverfahrens nicht diejenigen Kosten begriffen sind, über welche in dem deßfallsigen Verfahren rechtskräftig erkannt ist, hat die Verurtheilung des Klägers in sämmtliche Kosten des Hauptverfahrens zur Folge, und mußte überdieß, da das Sachverhältniß selbst einem Laien in aller Weise verständlich ist, die zur Colorirung der entgegengesetzten Ansicht versuchten Rechtsausführungen aber völlig unhaltbar und einer weitern Widerlegung überall nicht würdig befunden worden sind, der Kläger und sein Sachführer, wie aus dem Urtheil ersichtlich ist, bestraft werden.

110.

J. Allebes van der Laat zu Merrem, Kläger und Widerbeklagter, gegen **Johann Christoph Weißer,** Beklagten und Widerklägern, wegen Forderung, jetzt geführten Beweis betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 20. October 1854.

Erkannt:

Beklagter hat — — zu schwören,

daß er mit dem Reisenden S. hinsichtlich der in Nr. 2 der Acten verzeichneten Waarensendungen eine Uebereinkunft dahin getroffen habe, daß er eine beliebige Quantität dieser Seide färben lassen solle, und daß er, wenn sich die Probe nicht richtig färbe, die ganze Sendung zur Disposition stellen dürfe.

Schwört Beklagter diesen Eid, so ist Kläger mit seiner Klage ab- und zur Ruhe zu weisen und als Widerbeklagter schuldig, dem Widerkläger gegen Rückempfang der fraglichen Seide zu bezahlen:

a) den Betrag von fl. 66. 23 kr. als Färberlohn;

b) den Betrag von fl. 17. 20 kr. als Fracht und Porto;

er würde denn in einer noch anzuberaumenden Tagfahrt schwören,

daß er nach sorgfältiger Erforschung der Wahrheit nicht anders wisse und glaube, als daß der Färberlohn weniger als fl. 66. 23 kr. und zwar bis zu fl. 33. 11 kr. und der Frachtlohn sammt Porto weniger als fl. 17. 20 kr. und zwar bis zu fl. 8. 40 kr. betrage,

in welchem Fall es bei Erstattung der von ihm beschworen werdenden Beträge bewendet und der Kosten wegen Verfügung erfolgt.

Schwört dagegen Beklagter obigen Eid nicht, so ist derselbe unter Verwerfung seiner Widerklage schuldig, dem Kläger den Betrag von Francs 2275 sammt 5 pCt. Zinsen vom 13. December 1849 ab zu bezahlen, auch sämmtliche Prozeßkosten zu erstatten.

Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation des Klägers durch Urtheile des Appellationsgerichts vom 11. Juni 1855 und des Ober-Appellationsgerichts vom 15. Januar 1857, unter Verfällung des Appellanten in die Kosten, bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

A. Die zweite Beschwerde voriger Instanz, daß überhaupt nicht nach den Anträgen des Klägers erkannt worden, erscheint unverständlich, da man nicht zu ersehen vermag, auf welche Anträge sie sich beziehen soll. Das angefochtene Erkenntniß hat dieselbe dann auch gänzlich ignorirt. In gegenwärtiger Instanz ist diese Beschwerde zwar den Worten nach in dem aufgestellten Gravamen unicum wieder zu finden. Allein es ist auch hier nicht näher angegeben, was eigentlich deren Gegenstand bildet, ja es ist nicht einmal darüber, daß das Appellationsgericht dieselbe ganz unberücksichtigt gelassen hat, ein Wort verloren. Daher muß auch jetzt von dieser Beschwerde abgesehen werden, und kommt es nur auf den, mit der ersten Beschwerde voriger Instanz zusammentreffenden zweiten Theil des Gravamen unicum gegenwärtiger Instanz an,

daß dem Beklagten der Erfüllungs- und nicht vielmehr dem Kläger der Reinigungseid zuerkannt worden.

B. Die vorigen Richter nehmen an, daß die Aussagen der beiden Beweiszeugen dem Thema des den Beklagten obliegenden Beweises der im Stadtgerichts-Erkenntnisse vom 15. April 1850 unter 1. A. näher bezeichneten Uebereinkunft vollständig entsprechen und durch dieselben, obgleich die Zeugen, als im Dienste des Beklagten stehend, nicht ganz unverdächtig seien, jedenfalls mehr als halber Beweis geliefert werde. Hierin muß denselben auch vollkommen beigetreten werden. — Als Comptoirbediente des Beklagten sind die

bezeichneten Personen nicht unzulässige, sondern nur verdächtige Zeugen.

Ober-Appellationsgerichts-Entscheidungen in den Frankfurter Sachen:

Franck ca. Goll & Söhne 1839, *)
Jäger ca. Samuel 1849,
Ansell ca. Womersley & Burt 1850, **)
Goldschmidt ca. Frege & Comp. 1853.

Der Grund der Verdächtigkeit bestimmt sich nach den concreten Umständen und kann vorliegend, wo es sich nicht um ein von dem Commis, sondern um ein von dem Chef selbst abgeschlossenes Geschäft handelt, als ein besonders hoher nicht angesehen werden. Die Behauptung des Klägers, beide Zeugen seien deßhalb besonders verdächtig, weil sie als Söhne mittelloser Eltern von dem guten Willen des Beklagen abhingen, und N. insbesondere als gewesener Lehrling desselben zu seinem Fortkommen dessen Geneigtheit bedürfe, welcher Behauptung der Beklagte widersprochen hat, kann schon wegen gänzlichen Mangels einer Bescheinigung derselben keinen Einfluß auf die Beurtheilung der vorliegenden Sache üben. Kläger hat nun freilich noch eine Reihe besonderer Einwendungen gegen Person und Aussagen der Zeugen vorgebracht. Allein diese erscheinen sämmtlich verwerflich.

1) Gegen N. und dessen Aussage ist geltend gemacht:

a) Derselbe habe kein Französisch (in welcher Sprache unbestrittenermaaßen die betreffenden Verhandlungen geführt wurden) verstanden, sei nicht ununterbrochen zugegen und, während er anwesend, mit Schreiben beschäftigt gewesen, wisse sich der gebrauchten Worte nicht zu erinnern und habe vor und während des Prozesses öfter von der fraglichen Uebereinkunft sprechen gehört. Dieser Einwand ist jedoch in Berücksichtigung nicht geeignet. Daß N. kein Französisch verstehe, ist eine mit dem Inhalte der Zeugen-Aussage im Widerspruche stehende, vom Beklagten nicht zugegebene und durch Nichts unterstützte Behauptung. Wenn Zeuge nicht die ganze Unter-

*) Siehe Seite 74.
**) Siehe Seite 75.

redung mitangehört hat, so hindert dieß nicht, daß er gerade denjenigen Theil derselben gehört haben kann, welcher den Abschluß der betreffenden Uebereinkunft in sich begriff, und daraus, daß Zeuge sich der gebrauchten Worte nicht entsinnt, rechtfertigt sich in keiner Weise der Schluß, daß dessen Aussage nicht auf die unmittelbare Erinnerung an die fragliche Verhandlung selbst, sondern auf das sich gründe, was er später darüber gehört hat. Zeuge sagt ausdrücklich, er erinnere sich ganz deutlich, daß die in dem Beweissatze bezeichnete Uebereinkunft zwischen Weißer und S. getroffen worden sei.

b) Ein weiteres Monitum gegen die Aussage des N. ist: Derselbe wisse nicht, ob eine wirkliche Uebereinkunft zu Stande gekommen, oder nur Tractaten Statt gefunden. Die bloße Angabe: „es sei eine solche Uebereinkunft geschlossen worden," ohne nähere Andeutung über deren Anlaß, Inhalt und Form, habe gar keinen Werth. Es steht jedoch der erste Theil dieser Ausführung mit dem Inhalte der Zeugen-Aussage im direkten Widerspruch, und was den zweiten anlangt, so hat Zeuge den Inhalt der Uebereinkunft mit genügender Bestimmtheit angegeben. Daß er aber die gebrauchten Worte nicht wiederzugeben weiß, kann bei einem Uebereinkommen so einfacher Art, wo ein Mißverständniß im höchsten Grad unwahrscheinlich ist, keinen die Kraft der Zeugen-Aussage schwächenden Einfluß üben.

Anlangend sodann

2) das Zeugniß des G., so ist

a) gegen die Aussage dieses Zeugen eingewendet:

α) Dieselbe widerspreche sich, indem G. zuerst erkläre, sich der gebrauchten Worte nicht zu erinnern, und doch gleich darauf dieselben angebe. Der gerügte Widerspruch ist jedoch unerfindlich. Es kann sehr wohl nebeneinander bestehen, daß Zeuge die gesammte gegenseitige Verhandlung nicht mehr wörtlich wiederzugeben weiß, dagegen einer einzelnen einschlagenden Aeußerung daraus sich genau erinnert.

β) Wenn Zeuge angebe, das S. von der Seide gesagt hat: „Vous en pouvez faire teintre tant que vous voulez sous ma

garantie," so sei damit jedenfalls nur ein Anerbieten der Garantie, und zwar nicht der Verkäufer, sondern des S. für seine Person bezeugt. Dieser Einwurf ist jedoch ebenfalls unbegründet. Zeuge hat zunächst angegeben, es sei die in dem Beweissatze bezeichnete Uebereinkunft getroffen worden, und wenn er dann auf besonderes Befragen des klägerischen Anwalts gewisse von S. bei dieser Gelegenheit gebrauchte Worte angeführt hat, so ist es klar, daß er nicht lediglich in diese Worte den Abschluß der Uebereinkunft setzt. Daß aber S. mittelst der fraglichen Worte nicht seine persönliche, sondern die Garantie des verkaufenden Hauses übernommen habe, muß in Ermangelung besonderer Gründe für das Gegentheil deßhalb angenommen werden, weil derselbe überhaupt bei der ganzen Verhandlung nur in Vertretung jenes Hauses thätig gewesen ist.

b) Gegen die Person des G. ist, abgesehen von der als Novum vorgebrachten Einrede der eigenen Betheiligung desselben, auf welche später (unter D) zurückzukommen sein wird, — eingewendet, er sei es, der, da Beklagter kein Französisch verstehe, den Dolmetscher zwischen ihm und S. gemacht, also die ganze Besprechung geführt und geleitet haben müsse. Es ist indeß zunächst nicht einzusehen, weßhalb G., wenn diese Voraussetzung in Wahrheit begründet wäre, darum als ein besonders verdächtiger oder gar unfähiger Zeuge erscheinen sollte. Er war dann immer nicht Mandatar oder Geschäftsführer, sondern bloßer Nuntius. — Sodann aber fehlt es auch an jeder genügenden Grundlage für die Supposition, auf welcher der hier in Rede stehende Einwand beruht. — Kläger folgert zunächst aus den Angaben des G.: er habe der Unterredung genau zugehört, „weil er der französischen Sprache beflissen sei und der Beklagte nur wenig Kenntniß von derselben habe," daß Letzterer eines Dolmetschers bedurft und Zeuge solchen abgegeben habe. Es ist indeß einleuchtend, daß die Wahrheit der Zeugenaussage, wonach Beklagter mit S. verhandelt und Zeuge zugehört hat, mittelst solcher willkührlichen Schlußfolgerungen aus einzelnen ganz unverfänglichen Aeußerungen nicht zu verdächtigen steht. — —

Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß — abgesehen von dem bereits angedeuteten Novum und dem Gegenbeweise — die Auflage des Erfüllungseides vollkommen gerechtfertigt erscheint.

C. Durch die Gegenbeweisführung des Klägers wird an diesem Resultate nichts geändert. Der gestellte Editionsantrag hat durch den vom Beklagten abgeleisteten Editionseid seine Erledigung gefunden, es handelt sich also nur noch um die Aussage des Gegenbeweiszeugen S. Diese steht ihrem Inhalte nach allerdings mit den Aussagen der Beweiszeugen in direktem Widerspruch; allein sie darf der Person des Zeugen wegen gar nicht berücksichtigt werden. Es kann

1) ganz davon abgesehen werden, ob und resp. in welchem Maaße S. deßhalb als verdächtiger Zeuge zu betrachten sei, weil es sich um die Modalitäten eines Geschäfts handelt, welches er als Reisender des verkaufenden Hauses mit dem Beklagten abgeschlossen hat. Der Zeuge erscheint jedenfalls

2) schon deßhalb als eine im höchsten Grad unglaubwürdige Person, weil er ausweislich der Stadtgerichts-Acten wegen Geldschwindeleien („nombreuses escroqueries") eine zweimonatliche, resp. einjährige Gefängnißstrafe erlitten hat, also wiederholt Vergehen sich hat zu Schulden kommen lassen, die — wenn auch die Bestimmung in Reform. I. 33. § 12 darauf nicht anzuwenden sein sollte — doch jedenfalls die Wahrheitsliebe der Zeugen in einem äußerst bedenklichen Licht erscheinen lassen. Es kommt aber hinzu, daß

3) nach der eigenen Angabe des S., dessen Ehefrau zur Zeit des in Rede stehenden Geschäfts Theilhaberin des verkaufenden Hauses gewesen ist, die jetzt eingeklagte Forderung also miterworben hat, während dafür, daß sie in Beziehung auf dieselbe jetzt nicht mehr betheiligt sei, kein Beweis vorliegt. Das Document in den Stadt-Gerichts-Acten ist nur zu dem Zweck ausgestellt und beigebracht, um den Kläger zur Beziehung der Gesellschaftsausstände den Schuldnern gegenüber zu legitimiren; es gibt darüber, welches Rechtsverhältniß in Betreff dieser Forderungsrechte zwischen den ehemaligen Gesellschaftern bestehe (von welcher Frage es doch gerade abhängt, ob die Ehefrau des Zeugen bei dem Prozesse materiell betheiligt ist), keinen Aufschluß. Der Zeuge selbst führt freilich an, Kläger habe von seiner (des Zeugen) Frau das Geschäft um eine Pauschsumme übernommen, so daß dieselbe von dem Ausgange des Rechtsstreits weder etwas zu hoffen, noch etwas zu

fürchten habe. Allein diese Angabe kann, bei der Persönlichkeit des Zeugen und dem unverkennbaren Interesse, welches er dabei hat, eine etwa noch bestehende Betheiligung seiner Ehefrau zu verläugnen, nicht dazu dienen, den aus dem hier erörterten Verhältnisse zu entnehmenden Grund für seine Unglaubwürdigkeit zu beseitigen.

Hiernach aber muß S., wenn nicht für einen ganz unzuläs- sigen, doch jedenfalls für einen in so hohem Grad verdächtigen Zeugen angesehen werden, daß seiner Aussage die Kraft, den Beweis des Beklagten in einem irgend erheblichen Grade zu schwächen, nicht beigelegt werden kann.

D. Kläger hat nun noch — wie bereits angedeutet worden — in gegenwärtiger Instanz, als eine jetzt erst aufgefundene, die Einrede gegen den Zeugen G. vorgebracht, daß derselbe einen Antheil am Gewinn des Geschäfts des Beklagten habe, und beantragt, eine Ergänzung der Zeugenvernehmung in dieser Richtung vorzunehmen, auch ihm (dem Kläger) den Beweis der angeführten Thatsache nachzulassen.

An der Erheblichkeit dieses neuen Vorbringens ist nicht zu zweifeln, da, wenn G. wirklich einen Antheil an dem Geschäftsgewinne des Beklagten und somit von dem Ausgange des gegenwärtigen Prozesses einen Vortheil, resp. Nachtheil zu erwarten hätte, dessen Zeugniß zu Gunsten des Beklagten ganz außer Betracht bleiben müßte, und dann nicht mehr so viel für den Letztern übrig bleiben würde, um die Nachlassung des Erfüllungseides zu rechtfertigen. Auch würde den Umständen nach schon der vom Anwalte des Klägers anerbotene Eid eine genügende Bescheinigung dafür, daß dieser Umstand erst jetzt zur Kunde der klägerischen Seite gekommen, liefern. Dagegen muß das neue Vorbringen aus folgenden Gründen verworfen werden.

Der Antrag auf Vernehmung des Zeugen selbst, über die jetzt gegen ihn vorgebrachte Einrede erscheint, da Zeuge bereits eidlich versichert hat, daß er „irgend einen Nutzen oder Schaden von dem Ausgange des gegenwärtigen Rechtsstreits nicht zu erwarten habe,“ unstatthaft. Abgesehen hiervon aber hat Kläger die ihm zu Gebote stehenden und zum Zwecke der Bewahrheitung jener neuen Einrede zu benutzenden Beweismittel nicht angegeben, sondern nur gebeten,

ihm Beweis über dieselbe nachzulassen. Nun ist allerdings an und für sich die Zulassung eines neuen Vorbringens beim Ober-Appellationsgericht, nach § 130 der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung durch eine alsbald damit verbundene Bescheinigung oder Beweis-Antretung nicht bedingt. Wenn jedoch die Sache in erster Instanz in der Lage war, daß das betreffende Vorbringen dort nur in Verbindung mit einer sofortigen Angabe der Beweismittel Eingang finden konnte, so rechtfertigt es sich nach den Worten „wenn — — sonst kein Rechtsgrund entgegensteht" des cit. § der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung, daß auch für die höchste Instanz die gleiche Anforderung gestellt werde. Nun aber war in der That, nachdem die Zeugen abgehört und Termin zur mündlichen Schlußverhandlung anberaumt worden, die Sache beim Stadtgericht in die Lage gekommen, daß Kläger mit dem nackten Vorschützen einer bis dahin noch nicht vorliegenden Einrede gegen den abgehörten Zeugen nicht mehr gehört werden konnte, sondern zum wenigsten eine sofortige Beweisantretung damit verbinden mußte. Das Ober-Appellationsgericht hat schon früher, vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus, dahin sich ausgesprochen, daß über die gegen einen Zeugen vorgebrachten Einreden spätestens in der Impugnationsschrift Beweis angetreten werden müsse. In Frankfurt gestattete schon die Prozeß-Ordnung vom November 1676 für das Deductions-Verfahren beim Zeugenbeweise jedem Theile nur Einen Schriftsatz. Es konnte also auch hier eine jetzt zuerst vorzubringende Einrede gegen den Zeugen nur dann Berücksichtigung finden, wenn sie sofort liquid gestellt oder wenigstens die Beweismittel für dieselben angegeben waren. Vollends aber würde es der unverkennbaren Tendenz der neueren Prozeß-Gesetze,

Ges. vom 23. Mai 1848 § 8 (VIII. S. 256),

Ges. vom 7. November 1848 § 44 u. 48 (VIII. S. 291),

welche in der Regel nach Abhörung der Zeugen nur ein mündliches Deductions-Verfahren — ja bei den Justizämtern nicht einmal ein solches — zulassen, widersprechen, wenn man dem Produkten gestatten wollte, nunmehr noch durch bloßes Vorschützen einer Einrede ein ordentliches Beweisverfahren zu provociren. — Durfte solchergestalt aber die jetzt in Rede stehende Einrede, selbst wenn sie

noch vor dem Actenschlusse vorgebracht worden wäre, ohne gleichzeitige Beweisantretung keine Berücksichtigung finden, so kann sie dieß selbstverständlich noch weniger in der dermaligen Sachlage, wo sie als eine neu aufgefundene erst nach der Schlußverhandlung vorgeschützt wird.

Es liegt hiernach auch in dem erörterten Novum kein Grund, um von der nach der seitherigen Actenlage gebotenen Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses abzustehen.

Auszug aus den Seite 68 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

1) Franck ca. Goll 1839.

Allein es kann

ad 1) gar keinen Zweifel haben, daß durch die Vorschrift des L. ult. D. de testibus keineswegs alle Personen, welche bei einem Vorgange selbst thätig gewesen sind, dieserhalb vom Zeugniß über denselben ausgeschlossen werden, und ebenso wenig kann hier die Verordnung der Nov. 90 l. c., welche selbst die mediatores keineswegs für unfähige Zeugen erklärt, irgend zur Anwendung kommen.

Es sind ferner die Zeugen

ad 2) um deßwillen, weil sie Handlungsdiener der Beklagten sind, nicht für ganz unfähig zum Zeugnisse zu achten. Denn abgesehen davon, daß selbst die gänzliche Unfähigkeit eigentlicher Dienstboten zum Zeugnisse keineswegs für entschieden angenommen werden kann, so läßt sich doch auf keinen Fall das, was von solchen Dienstboten gilt, auf Handlungsdiener anwenden, welche in einem weit weniger abhängigen und subordinirten Verhältnisse zu ihren Principalen stehen, als die Dienstboten zum Hausherrn. Ueberdieß kommt in Betracht, daß über Vorgänge, welche sich auf einem Comptoir zugetragen haben, in der Regel nur solche Personen Auskunft geben können, welche auf dem Comptoir selbst angestellt sind, ingleichen, daß die Reformation Th. I. Tit. 33. § 14 selbst in Ansehung von an sich unfähigen Zeugen es zum Ermessen des Gerichts verstellt, dieselben „im Falle der Nothdurft, und da man die Beweisung sonst wohl nicht anders noch vollkömmlicher haben kann," zum Zeugnisse zuzulassen. Wenn daher gleich die genannten Personen keineswegs

für testes omni exceptione majores zu achten sind, so lag doch auch in dem angeführten Verhältnisse kein genügender Grund, um sie ganz von dem Zeugniß auszuschließen.

2) Womersley ca. Ansell 1850.

Demnach steht

B. der als Zeuge vorgeschlagene Commis der Kläger weder insofern er über den Inhalt, noch auch insofern er über die Zeit der Absendung des an den Beklagten gerichteten Schreibens aussagen soll, als alleiniges, sondern als unterstützendes Beweismittel da, und daher vermag dessen bloße Verdächtigkeit, zumal wenn man nach dem Obigen berücksichtigt, daß es in diesem Falle nicht sowohl eines strengen Beweises, als nur einer Bescheinigung bedarf, keinen Grund abzugeben, denselben gar nicht abhören zu lassen. Für einen absolut unzulässigen Zeugen kann er aber keineswegs gelten. Denn

1) der Umstand, daß der Zeuge als Commis für seinen Principal und zwar über die Ausrichtung eines ihm von diesem ertheilten Auftrags aussagen soll, entzieht, wegen des bei dem Zeugen stattfindenden Interesse, günstig für seinen Principal zu deponiren, seinen Aussagen an sich zwar allerdings ein Erhebliches von ihrer Glaubwürdigkeit, daß aber dadurch der Zeuge nicht unter allen Umständen zu einem unzulässigen werde, ist als ein entschiedenes Princip zu betrachten, zudem auch das Ober-Appellationsgericht sich bereits wiederholt bekannt hat, wie namentlich in den Frankfurter Sachen:

Weydt ca. Weydt von 1829;
Hümmer ca. Schott von 1848.

Wenn vielmehr hierbei Alles von den concreten Umständen abhängt, so kommt hier zunächst schon in Betracht, daß die Frankfurter Reformation

I. 33. § 14.

die Zulassung an sich sonst unzulässiger Zeugen nach richterlichem Ermessen wenigstens dann gestattet, „wo man die Beweisung sonst nicht wohl anders noch vollkommlicher haben kann,“ welcher Fall hier offenbar vorliegt.

111.

Wilhelm Helmrich in Wiesbaden, Kläger wider **Christian Ritter** aus Butzbach, Beklagten, wegen Forderung.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 29. Januar 1857.

Die erste Beschwerde des Beklagten, mittelst welcher er die Abweisung der erhobenen Klage unter Verurtheilung des Klägers zum Kostenersatz beantragt, wird darauf gestützt, daß die angebliche Forderung Cramer's an den Beklagten auf Reinemer nicht übergegangen sei, und war unbegründet. Die Cession einer Forderung ist die Rechtsfolge eines die Uebertragung bezweckenden Rechtsgeschäfts in den meisten Fällen eines Kaufs. Hat also ein solcher Statt gefunden und ist derselbe bewiesen, so folgt daraus die Cession der Forderung von selbst. Wenn nun Cramer in der in Rede stehenden Urkunde bekundet, daß Reinemer den Betrag der Rechnung bezahlt habe und dieser sonach Gläubiger des Ritter sei, so lassen sich die gedachten, von einer rechtsunerfahrenen Person herrührenden Worte so deuten, als wenn derselbe gesagt hätte, Reinemer habe ihm die gedachte Forderung abgekauft. Zwar ließen sich die ersten Worte für sich allein auch von einer Zahlung verstehen, welcher nicht gerade ein Kaufgeschäft zur Basis gedient haben mußte, indem sie z. B. von einer Zahlung auf Grund einer Geschäftsführung für den Schuldner oder einer Schenkung zu dessen Gunsten reden könnten. Alsdann aber wären die Schlußworte, daß Reinemer sonach Gläubiger des Ritter sei, in dem Munde des ursprünglichen Gläubigers eine nichtsbedeutende Erklärung, da Reinemer, insofern er als Geschäftsführer des Schuldners gezahlt haben sollte, wenn überhaupt dessen Gläubiger geworden wäre ohne den Willen, mithin

auch ohne die Erklärung des ursprünglichen Gläubigers. Diese Schlußworte dürfen aber nicht als bedeutungslos angesehen werden und finden ihre ungezwungene Erklärung darin, daß Cramer die Absicht gehabt habe, den Reinemer für den Betrag der gezahlten Summe zum Inhaber der Forderung zu machen, d. h. ihm dieselbe zu verkaufen. Ueberdieß würde, insofern man Bedenken tragen sollte, dem Documente zufolge den Kauf als Titel der übertragenen Forderung anzusehen, aus den Schlußworten des Documents sich die Absicht des ursprünglichen Gläubigers entnehmen lassen, daß Reinemer an seiner Stelle die Forderung geltend machen dürfe, also eine Cession. Liegt aber diese vor, so bedarf es, wie von dem Ober-Appellationsgericht wiederholt erkannt ist,

vergl. Königswärter ca. Westphälische Eisenbahn, Mai 1856. *)

zu deren Geltendmachung von Seiten des Cessionars keine Angabe der der Cession zu Grunde liegenden Causa.

Die zweite Beschwerde des Beklagten, mittelst welcher derselbe zunächst verlangt, daß dem Kläger zuvörderst der Beweis auferlegt werde, Ritter habe von Cramer die in der Rechnung aufgeführten Waaren zu der daselbst angeführten Zeit und Preisen gekauft, ist von den vorigen Richtern ebenfalls mit Recht verworfen. Denn das Ober-Appellationsgericht hat zu widerholten Malen sich dahin ausgesprochen, die Strafe des Eingeständnisses trete in Frankfurt nach Art. 34 der Prozeß-Ordnung ein, wenn bei einer Klage aus einer Rechnung nur generaliter lis negative contestirt werde, sobald nur constire, daß unter den Partheien überhaupt ein derartiges Geschäftsverhältniß Statt gefunden habe, nicht minder, daß die Beantwortung des gegnerischen Vortrages, wenn die Strafe des Einverständnisses vermieden werden solle, in dem Maaße bestimmt sein müsse, wie es § 37 des J. R. A. vorschreibe, namentlich müsse daher auch angegeben sein, wie sich die Sache anders verhalte. — Gegen beide Vorschriften ist in dem vorliegenden Falle gefehlt worden, indem theils die Worte der Einlassung, Beklagter stelle in Abrede, von Cramer die in Anl. A verzeichneten

*) Siehe diese Sammlung Theil II. Seite 359.

Waaren erkauft und zu den angegebenen Preisen erhalten zu haben und ihm dafür den Rest von fl. 332. 35 kr. schuldig zu sein, nicht mit hinlänglicher Bestimmtheit erkennen lassen, auf welche einzelnen Punkte sich das Abläugnen des Beklagten bezogen habe, theils die Bemerkung, daß die auf der Rechnung verzeichneten Zahlungen nicht Abschlagszahlungen, sondern Vorschüsse gewesen seien, nicht mit hinlänglicher Deutlichkeit das Wesen des nach der Behauptung des Beklagten zwischen ihm und Cramer Statt gehabten Geschäftsverhältnisses, welches nach einer Andeutung in gegenwärtiger Instanz ein Commissionsgeschäft gewesen sein soll, bezeichnen. Aus beiden Gründen war daher der Beklagte der eingeklagten Forderung für geständig zu erachten.

Ebenso wenig wie das erste Verlangen des Beklagten ist dessen ferneres begründet, welches dahin geht, daß Kläger die Zahlung der Valuta von ihm an Reinemer und von diesem an Cramer noch besonders nachweisen solle. Ganz abgesehen nämlich davon, daß durch beide Cessions-Documente, sobald die Aechtheit der Unterschrift des Ersteren dargethan ist, auch dieser Beweis als erbracht angesehen werden muß, so erscheint auch das ganze Verlangen des Schuldners völlig unbegründet, da sich derselbe weder auf die Vorschrift des Anastasianischen Gesetzes berufen, noch dessen Gültigkeit in Wiesbaden behauptet hat.

112.

Carl Philipp Scheidel, Nachlaß-Curator, Kläger und Widerbeklagter gegen Dr. **Zentner** in Mannheim, Beklagten und Widerklägern, wegen Forderung.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 10. April 1854.

In Erwägung, daß

— — — — — — — — — — — — — —

3) was die Sache selbst anbelangt, der Sinn, welchen Beklagter der in den Urkunden [3. 4.] dem verstorbenen Scheidel von den Joseph Banchero'schen Erben gemachten Zusage unterlegt, den klaren Worten dieser Urkunden nicht entspricht und letztere vielmehr keinen Zweifel übrig lassen, daß, wenn die gedachten Erben durch die Hülfe des Scheidel zu der Auszahlung des dem Joseph Banchero in der Schneider'schen Collecte zugefallenen Lotterie-Gewinnstes gelangen würden, Scheidel hiervon den siebenten Theil erhalten solle, daß,

4) mithin dem Kläger gegenüber, welcher wegen des Hinwegfallens eines Erben in der Klage den sechsten Theil jenes Gewinnstes verlangt, in der Replik aber seinen Anspruch auf den siebenten Theil beschränkt hat, es durchaus gleichgültig erscheint, welche Uebereinkunft die J. Banchero'schen Erben nach der von ihnen, an Scheidel geschehenen Uebertragung des siebenten Theils ihrer Forderung späterhin mit dem Beklagten getroffen und daß insbesondere dieselben sich mit dem Beklagten gegen Ueberlassung der ihnen gegen Schneider zugestandenen Forderung auf eine Aversional-Rate von je fl. 400 abgefunden haben, daß

5) übrigens der Beklagte, welcher sein Recht als Cessionar (der Banchero'schen Erben) aus dem in Abschrift zu den Acten gebrachten Vertrage herleitet und den auf die Urkunden [3. 4.]

begründeten klägerischen Anspruch an und für sich nicht bestreitet, um so weniger diesen Anspruch auf den Betrag von fl. 400 zu beschränken befugt ist, als er, Beklagter, nicht nur nach dem erwähnten Vertrage sich verpflichtet, für die von den J. Banchero-schen Erben gegen Scheidel übernommene Verbindlichkeit einzustehen, sondern auch in [3] sich bereits früher für seine Schwiegermutter Catharina Fauler, geborene Banchero, als J. Banchero-sche Miterbin verbürgt und überdieß nach seinem Schreiben vom 16. November 1844 von der betreffenden Zusage der übrigen Erben Kenntniß gehabt hat und es somit auf die Gefahr, welche Beklagter bei der rechtlichen Verfolgung des fraglichen Anspruchs gegen Schneider wegen seiner Kostenvorlagen getragen haben will, nicht ankommen kann,

6) in Bezug auf die Größe des Scheidel'schen Antheils, daß Beklagter nach dem Antrage des Klägers über die vereinnahmten und zu vereinnehmenden Gelder Rechnung zu stellen hat, zugleich aber auch befugt ist, die nachweisleich auf den gegen Schneider geführten Rechtsstreit verwendeten Auslagen, insoweit solche nicht von Schneider ersetzt worden sind, nebst Zinsen zu 5% in Abzug zu bringen, indem diese Auslagen nicht, wie Kläger vermeint, bereits bei der Vernehmlassung namhaft gemacht werden mußten und vielmehr in die vorerwähnte Rechnung gehören,

7) die von dem Kläger specificirten Auslagen von fl. 16. 10 kr. beklagterseits nicht gehörig in Abrede gestellt und daher als stillschweigend eingeräumt zu betrachten sind,

8) Beklagter auf den Grund der Urkunden [19. 20] eine Gegenforderung von fl. 510 nebst Zinsen zu 5% vom 25. April 1831, sowie eine solche von fl. 20 aufgestellt und dieserhalb Widerklage erhoben hat,

9) die letztgedachte Forderung von fl. 20 von dem Kläger und Widerbeklagten eingeräumt, jedoch rücksichtlich der ersten Forderung von fl. 510 zunächst entgegnet worden ist, es sei dieser Betrag von dem Scheidel'schen Gewinnstantheile deßhalb nicht in Abzug zu bringen, weil die von J. C. Mack für Joseph Banchero an Scheidel geleisteten Zahlungen theils für Auslagen des Letzteren von fl. 190, theils als eine demselben von dem Erblasser Joseph

Banchero bewilligte Provision von fl. 320 geleistet worden, mithin das später von den Erben erworbene Recht des Scheidel nicht berührten, auch von den Erben bei Ausstellung der Reverse [3. 4] wissentlich nicht in Anrechnung gebracht worden seien,

10) die Urkunde [19] das ausdrückliche Bekenntniß des Scheidel enthält, von J. C. Mack auf die ihm von J. Banchero zustehende Provision, nicht aber zugleich für Auslagen, die Summe von fl. 510 empfangen zu haben, und selbst, hiervon abgesehen, Kläger die angeblichen Auslagen nicht specificirt hat, daher auch hiernach mit dieser Gegenforderung abzuweisen ist, indem sein Antrag auf Edition des Mack'schen Auslagenverzeichnisses, worin seine Auslagen aufgeführt sein sollen, den Kläger nicht von der Verpflichtung, die erwähnte Gegenforderung sofort gehörig zu substantiiren, entheben kann,

11) aus der den J. Banchero'schen Erben zur Zeit der Ausstellung der Reverse [3. 4] etwa beigewohnt habenden, übrigens von denselben verabredeten Kenntniß von der durch J. C. Mack an Scheidel geschehenen Auszahlung des in der Urkunde [19] angegebenen Betrags von fl. 510 eine Verzichtleistung auf die Aufrechnung dieser Summe auf die dem Scheidel von den J. Banchero'schen Erben zugesicherte Vergütungsrate nicht zu folgern ist, weil überhaupt Verzichte rechtlich nicht vermuthet werden und auch die dem Scheidel in den angezogenen Reversen bewilligte Betheiligung von einem Siebentel des bei Schneider zu erzielenden Betrags nur als eine nähere Feststellung der dem Scheidel von Joseph Banchero im Allgemeinen zugesagten Provision enthält, von welcher die Erben des Letzteren das dem Scheidel zum Voraus Gezahlte ebensowohl in Abzug zu bringen für befugt anzusehen sind, als Joseph Banchero selbst diesen Abzug hätte machen können,

12) dagegen Klägern für den Fall, wo er seine weitere eventuelle Behauptung, daß die Handlung Mack-Wiegel & Keutzer, Namens welcher J. C. Mack ausweislich der Acten den fraglichen Vorschuß geleistet, dem Scheidel die Zinsen aus fl. 510 erlassen haben sollte, zu beweisen im Stande wäre, nur der letztgedachte Capitalbetrag aufzurechnen sein würde, und daß

13) bei Nichterbringung dieses Beweises Kläger auch die den Capitalbetrag übersteigenden Zinsen sich in Aufrechnung bringen zu

lassen wird gehalten sein, da nach der übereinstimmenden Angabe beider Theile Kläger an den die von Schneider zu bezahlende Capitalschuld ebenfalls übersteigenden Zinsen zu participiren hat und er mehr, als ihm gebührt, erhalten würde, wenn er von den erwähnten fl. 510 nur die diese Summe erreichenden Zinsen zu vergüten hätte,

wird zu Recht erkannt:

— — — — — — — — — — — — —

A. Beklagter ist schuldig, binnen einer annoch anzuberaumenden Frist über die von dem Lotteriecollecteur Schneider bezogenen und etwa noch zu beziehenden Beträge gehörige Rechnung zu stellen, auch in solcher dem Kläger den Betrag von fl. 16. 10 kr. gut zu bringen.

B. Beklagter ist berechtigt, von den dem Kläger nach der vorstehenden Rechnung gebührenden Betrag abzuziehen:

a) den auf den Kläger fallenden siebenten Theil der auf den Rechtsstreit gegen Schneider nachweislich verwendeten und von diesem nicht ersetzten Auslagen nebst Zinsen zu 5%,

b) die Summe von fl. 20 nebst Zinsen zu 5% seit dem 25. April 1831,

c) die Summe von fl. 510 und

d) die Zinsen aus fl. 510 zu 5% seit dem 25. April 1831, es könnte dem Kläger binnen noch anzusetzender Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises rechtsgenügend darthun:

„daß die Handlung Mack-Wiegel & Keutzer dem Carl Philipp Scheidel diese Zinsen erlassen habe,“

in welchem Falle die Letzteren dem Kläger nicht aufzurechnen sein werden.

C. Die Entscheidung über den Kostenpunkt bleibt ausgesetzt.

Auf Appellation des Beklagten und Adhäsion des Klägers wurde vorstehendes Erkenntniß, jedoch mit Beschränkung des Zinsenlaufs, mit fl. 510 (lit. d) auf das alterum tantum durch Urtheil des Appellationsgerichts (Rechtsfacultät München) vom 30. April 1856 bestätigt, auch wurden die Beklagten in die Kosten der Appellation und Actenversendung verurtheilt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 31. Januar 1857.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache selbst das bei dem Appellationsgerichte der freien Stadt Frankfurt eröffnete Erkenntniß vom 30. April vorigen Jahres, wie hiermit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch dahin abzuändern sei, daß die durch Adhäsion des Widerbeklagten in voriger Instanz erwachsenen Kosten zu vergleichen; und wird nunmehr, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten gegenwärtiger Instanz, die Sache zum weitern Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Das Verlangen des Beklagten, den Kläger von der vollständigen Theilnahme an dem Erlös aus dem mit Schneider geführten Rechtsstreit auszuschließen, ist abhängig von dem Sinne der im Jahr 1844 von Banchero's Erben dem Scheidel ausgestellten Reverse. Ausgemacht ist, wie die Gründe zum vorigen Urtheil bereits ausreichend entwickelt haben, daß durch solche Reverse dem Scheidel kein vertragsmäßiges Erbrecht in den Nachlaß von Banchero in Ansehung der fraglichen Forderung hat eingeräumt werden sollen, sondern nur ein obligatorisches Recht wider die Erben. Es fragt sich also nur: geht dessen Inhalt auf den Betrag, welchen die Erben aus dem Gewinnlos ihres Erblassers beziehen werden, oder auf den Betrag, welchen sie beziehen können? mit anderen Worten: ist den Erben eine Verfügung über den Inhalt ihrer Forderung an Schneider nur unter Vorbehalt der vollständigen Rechte Scheidel's an dem Gesammterlös gestattet, oder muß dieser den Willen der Erben über deren endliche Bezüge gegen sich gelten lassen. War das erste beabsichtigt, so hat Scheidel ein Recht auf die Thätigkeit der Erben, sowie ein Recht auf Zuziehung bei einer jeden Handlung, durch welche über den Inhalt des Streitgegenstandes endlich verfügt wird, insofern eine solche Handlung ihm präjudiciren soll; wenn Letzteres, so ist Scheidel's Recht durch

die Willkühr der Miterben bedingt. Der Anlaß zur Ausstellung der Reverse ist kein sicherer Anhaltspunkt für die Erforschung der Willensmeinung der Paciscenten.

Ob die Erben das größere oder das geringere Recht einräumen sollten, hing nur ab von der nicht aufzuklärenden Bedeutung, welche sie Scheidel's Hülfe für die Beitreibung der Forderung beimessen mochten. Die Regel, daß im Zweifel der geringere Umfang der Forderung anzunehmen sei, ist rein subsidiär, überdieß ist es zweifelhaft, ob Scheidel, welcher seine Mittheilungen an die Vollziehung der Reverse von Seiten sämmtlicher Miterben geknüpft hat, sich mit einer Zusicherung werde zufrieden gestellt haben, welche ihn der Willkühr der Miterben preisgab. Die Worte der Zusicherung selbst endlich sprechen für die Ansicht, daß Scheidel das umfassendere Recht habe eingeräumt werden sollen. Denn wenn man Jemandem gleich einem Miterben an einer Forderung der Masse (dem Gewinnst) Theil nehmen lassen zu wollen verspricht, oder wenn man ihm für den Fall, daß es zur Auszahlung der Forderung kommen sollte, unter die Zahl der Miterben aufnimmt, so erklärt man dadurch, nicht der Form, aber der endlichen Wirkung nach das Gleiche, wie wenn man ihm die betreffende Quote der durch den Obsieg bedingten Forderung abträte; der Mitpaciscent erhält nicht dem Dritten gegenüber, wohl aber im Verhältniß zu den Miterben mit diesen gleiche Rechte, er kann sie zwingen, das Geschäft zu Ende zu führen, oder ihm dessen Führung zu überlassen und dann zu theilen; er ist an keine Verfügung der Erben über den Inhalt der Forderung gebunden, zu der er nicht eingewilligt hat. Für diese dem Wortsinn entnommene Auffassung, an welche man sich zu halten hat, so lange nicht nachgewiesen ist, daß beide Contrahenten dem Vortrag einen andern Sinn beigemessen haben, kommt es nicht in Betracht, daß bei der entgegengesetzten Scheidel hätte in die Lage kommen können, von seinen Vorschüssen noch herausgeben zu müssen. Ebenso wenig kann es gegen diese Auffassung mit Erfolg geltend gemacht werden, daß ihr zufolge der eine Paciscent möglicher Weise in die Lage versetzt wird, an seinem eigenen Vermögen eine Einbuße zu erleiden. Denn in diese Lage kann Jeder kommen, welcher Anderen Entschädigung zu leisten hat, in Bezug auf Forderungen, über welche er nicht allein

disponiren darf, sobald er solches ohne die gehörige Umsicht gethan hat. Ein solcher Fall würde hier vorliegen, sobald der siebente Theil der Schneider'schen Forderung sich höher beliefe, als das Sechsfache dessen, womit jeder einzelne Erbe sich hat abfinden lassen. Die Erben konnten daher sich gegen einen derartigen Nachtheil nur in der Weise sicher stellen, daß sie sich außer der eigenen Abfindung zugleich die Vertretung in Betreff der Scheidel'schen Ansprüche ausbedungen. Dieses ist von ihnen mittelst des Geschäftes geschehen, durch welches sie die Forderung an Schneider dem Beklagten übertragen haben. Das Geschäft war ein bedingter Forderungskauf; die Bedingung war ein Erlös von mehr als fl. 2800 nach Abrechnung aller Kosten, mit Einschluß des Scheidel'schen Guthabens und der vom Staate zu machenden Abzüge. Trat sie ein, so hatte der Beklagte

1) jedem Erben fl. 400 auszuzahlen;
2) Scheidel's Ansprüche zu befriedigen, und erhielt dafür das Provenue der Forderung. — Sie ist eingetreten, das Provenue von dem Beklagten zum Theil bezogen, der erste Theil der Gegenleistung beschafft, der zweite noch unerledigt.

Nun darf zwar Scheidel, jetzt dessen Curator, mit seinem Anspruch aus den Reversen zunächst nur gegen die Erben klagen, und hat keinen unmittelbaren Anspruch an den Beklagten. Ein solcher Anspruch wird jedoch in dem vorliegenden Fall auf mehrfache Weise begründet.

a) In Betreff des Antheils der verwittweten Fauler schon dadurch, daß der Beklagte sich für Scheidel's Forderung an solche verbürgt und im ersten Verfahren die Einrede der Vorausklage nicht vorgeschützt hat;

b) in Betreff sämmtlicher Erben aber dadurch, daß der Beklagte, welcher mittelst des Forderungskaufs die den Erben gegen Scheidel obliegende Verbindlichkeit bedingt übernommen hat, nicht in Abrede stellt, daß die Bedingung der Uebernahme eingetreten sei und in der Vernehmlassung den Prozeß für alle Erben auf sich nimmt, indem er nicht die gegnerische Forderung an sich, sondern nur deren Größe bestreitet. Auch ist sein Eintritt in die Rolle der ursprünglichen Beklagten nicht an die Bedingung geknüpft, daß seine Auffassung

des Forderungskaufs angenommen würde; und wenn der Beklagte bei Uebernahme der Forderung von den unrichtigen Voraussetzungen ausgegangen sein sollte, er habe dem Scheidel nicht mehr als fl. 400 zu bezahlen, so berechtigt ihn diese falsche Ansicht nicht, sein Versprechen unerfüllt zu lassen, da die Worte derselben allgemein lauten und ein Beitritt Scheidel's zu dem mit den Erben abgeschlossenen Geschäfte, durch welchen auch Scheidel's Forderung auf jenen Betrag beschränkt wäre, nicht Statt gefunden hat.

Es waren daher die beiden ersten Beschwerden des Beklagten in voriger Instanz, von denen die erste in jetziger Instanz wiederholt, die zweite überdieß nach Fassung der Beschwerde in jetziger Instanz, wie nach der Schlußbitte als aufgegeben zu erachten ist, unbegründet; sein bedingter Verzicht auf die Widerklage kommt wegen Nichteintritts der Bedingung nicht in Betracht; nur die dritte Beschwerde des Beklagten in voriger, die zweite in jetziger Instanz über die in Betreff der Zinsenforderung von fl. 510 in dem Stadtgerichts-Urtheil ausgesprochene Beweisnachlassung bedarf einer Beurtheilung. Die Ansicht des Beklagten, daß die betreffende Einrede in erster Instanz nicht vorgeschützt sei, kann nicht gebilligt werden, da materiell diese Behauptung in dem Vorbringen erster Instanz enthalten ist. Seine Ausführung, der Beweis sei bedeutungslos, weil Mack-Wiegel & Keutzer als Bevollmächtigte Banchero's diesem die Zinsforderung erworben hätten und daher nicht befugt gewesen sein würden, diese Forderung zu erlassen, kann so wenig getheilt werden, wie die Auffassung des Klägers, das Zinsversprechen sei Mack, nicht Banchero geleistet, und keine Uebertragung des Versprechens auf diesen behauptet. Die Abschlagszahlung von fl. 510 an Scheidel auf künftig zu empfangende Provision fällt unter den Gesichtspunkt einer von dem gedachten Handlungshause für seinen Committenten gemachten Auslage, für welche dem Committenten seit dem Tage der Zahlung Zinsen in Rechnung gebracht werden konnten. Wenn nun Mack-Wiegel & Keutzer für jene Abschlagszahlung Zinsen bedungen, so handelten sie damit vorsorglich im Interesse ihres Committenten, der ihnen Zinsen zu zahlen hatte, um solchen vor Schaden zu bewahren, darauf aber, ihm eine selbstständige Obligation zu erwerben, war ihre Absicht nicht gerichtet, sondern nur darauf,

daß Scheibel die Zinsen vergüte, welche sie von Banchero fordern konnten. Sie waren daher auch völlig berechtigt, jene Zinsen dem Scheibel zu erlassen, so lange sie dieselben von Banchero, resp. dessen Erben nicht empfangen haben, was, wie sich aus der beigebrachten Quittung ergibt, bis jetzt nicht Statt gefunden hat. Jede rechtsbeständige Erklärung von Mack-Wiegel & Keutzer, durch welche sie dem Scheibel gegenüber sich verpflichtet haben sollten, keine Zinsen von dem Vorschuß zu fordern, hat also die Folge, daß das gedachte Haus von Banchero's Erben die betreffenden Zinsen zu fordern unberechtigt sein wird und mithin auch die, daß gedachte Erben solche gegen Scheibel's Nachlaß geltend zu machen unberechtigt sind.

Die letzte von dem Beklagten in jetziger Instanz aufgestellte Beschwerde betrifft die in dem vorigen Urtheil ausgesprochene Beschränkung der Zinsforderung für den Vorschuß auf dessen Betrag. Diese Beschränkung beruht bei vertragsmäßigen Zinsen auf unzweifelhafter gesetzlicher Vorschrift, und der Fall, für welchen das Ober-Appellationsgericht in neuester Zeit eine Ausnahme zugelassen hat, *) liegt hier nicht vor. Auch kann in dem gegenwärtigen Fall eine Ausnahme

1) nicht um deßwillen gemacht werden, weil die Scheibel'sche Nachlaßmasse in der von Schneider auszuzahlenden Summe an Zinsen Theil nehme, welche die Höhe des Capitals überstiegen. Denn die Natur beider Zinsansprüche ist verschieden, und was für die eine rechtskräftig festgestellt ist, gilt darum nicht ohne Weiteres für die andere.

Es kann aber auch

2) selbst von einer theilweisen Aufrechnung nicht die Rede sein. So lange die Forderung der Banchero'schen Erben an Schneider überhaupt nicht rechtskräftig feststand, war die Möglichkeit einer Compensation ausgeschlossen. Mit dem Moment, wo diese Feststellung eintrat, hatte Scheibel ein Recht auf 1/7 des Gesammtprovenues — aber nicht an Schneider, sondern an Banchero's Erben — an

---

*) In Sachen Binding gegen von Rothschild, siehe diese Sammlung Band II. Seite 250.

Jenem also erst nach vorgängiger etwaiger Cession. Es läßt sich daher nicht seine Forderung von 1/7 auf die Zeit zurückdatiren, wo der Vorschuß gegeben wurde und Schneider das Gewinnloos an Banchero bereits schuldig geworden war und daher auch ebenso wenig von dem Vorschuß der betreffende Theil in dem Moment der gleichzeitigen Fälligkeit beider Forderungstheile in Aufrechnung bringen, dergestalt, daß auch die Zinsen dieser Forderungstheile nunmehr hinwegfielen und so der Zeitpunkt, in welchem die Zinsen des Vorschusses die Höhe des Capitals erreichten, etwas verspätet würde. Vielmehr steht fest, daß zu der Zeit, wo die Forderung gegen Schneider rechtskräftig entschieden ward und die Möglichkeit einer Cession des Antheils von Scheidel's Nachlaß gegeben war, die etwaigen Zinsen des Vorschusses bereits die Höhe des Capitals erreicht hatten und um deßwillen ihr Lauf bereits sistirt war.

Von den Kosten der vorigen Instanz fallen diejenigen, welche durch die Adhäsion des Widerbeklagten entstanden sind, wegen Wechsels der Erkenntnisse nicht dem Widerkläger zur Last, sondern waren zu vergleichen. Diese geringfügige Abänderung des vorigen Erkenntnisses, durch welche in jetziger Instanz Kosten überall nicht erwachsen sind, mußte aber auf letztere Kosten ohne Einfluß bleiben und war der Beklagte als unterliegender Theil in dieselben zu verurtheilen.

113.

Johann Heinrich Voltz, Implorant wider **Stanislaus Heinrich Beyerle**, Imploraten, wegen Räumung eines Miethlocals.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 21. September 1855.

In Erwägung, daß

1) die Klage darauf gegründet ist, daß die Miethe der vom Kläger dem Beklagten vermietheten Locale nach Inhalt des Miethcontracts in Folge der am 1. April 1854 geschehenen notariellen Kündigung mit dem 30. September 1854 endige, Beklagter aber erklärt habe, daß er bis zum 1. October laufenden Jahres in dem Locale verbleiben werde und das petitum dahin geht, den Beklagten zur Räumung der Miethlocalitäten bis zum 1. October laufenden Jahres zu verurtheilen;

2) die vorgeschützte exceptio rei judicatae et litis pendentis zu verwerfen ist, da nach dem eigenen Anführen des Beklagten die früher verhandelte, dermalen in höherer Instanz noch anhängige Streitsache die Verpflichtung des Beklagten zur Räumung auf den 1. October 1854, die jetzige aber dessen Verpflichtung zur Räumung auf den 1. October 1855 betrifft;

3) der Einwand, daß die Kündigung vom 1. April 1854 auf die Räumung für den 1. October 1855 nicht bezogen werden könne, nicht in Betracht kommen kann, da, wenn auch die erwähnte Kündigung auf den letzten September geschehen ist, doch Beklagter nach Inhalt des Notariatsinstruments vom 4. Mai 1854 erklärt hat: daß Kläger ihm erst am 4. April 1854, also zu spät gekündigt habe, weßhalb er dessen Kündigung nicht angenommen habe und in dem Locale bis zum 1. October 1855 verbleiben werde, in der Kündigung des Klägers und dieser Erklärung des Beklagten aber eine Aufhebung derjenigen Bestimmung des Miethvertrages, wonach bei nicht erfolgter halbjähriger Kündigung der Vertrag ein weiteres Jahr stillschweigend fortlaufen soll, zu finden ist, indem, wollte man der Erklärung des

Beklagten nicht diese Bedeutung beimessen, die Worte: „und in dem Locale bis zum 1. October 1855 verbleiben werde“ ohne alle Bedeutung bleiben würden; daher

4) die Klage, soweit sie auf Räumung der vom Beklagten vermietheten Localitäten bis zum 1. October laufenden Jahres gerichtet ist, in Folge des alsdann eingetretenen Ablaufs der Miethzeit begründet, ist dagegen

— — — — — — — — — — — — —

wird für Recht erkannt:

Beklagter ist schuldig, die ihm von dem Kläger vermietheten Localitäten bis zum 1. October laufenden Jahres zu räumen und dem Kläger binnen vierzehn Tagen die demselben verursachten Streitkosten zu erstatten.

Vorstehendes Erkenntniß wurde auf Appellation des Imploraten durch Urtheil des Appellationsgerichts vom 29. September 1856 (Rechtsfacultät Marburg) bestätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 12. Februar 1857.

Auf weitere Appellation des Imploraten, ohne Vernehmung des Imploranten.

In Erwägung:

daß es dahingestellt bleiben kann, ob die Kündigung vom 1. April 1854 schon an sich als eine allgemeine, auf Auflösung des Miethvertrags überhaupt gerichtete, vom Imploraten hätte aufgefaßt werden müssen, indem jedenfalls im Uebrigen den Entscheidungsgründen des vorigen Urtheils durchgängig beizupflichten war;

daß insbesondere die notarielle Interpellation vom 4. Mai 1854 schon durch ihre alternative Fragstellung deutlich zu erkennen gab, daß der Implorant die bevorstehende Aufhebung des Miethverhältnisses überhaupt als etwas Ausgemachtes ansah und sich nur noch darüber Gewißheit verschaffen wollte, ob der Implorat die Miethe bereits mit dem 1. October 1854 oder erst mit dem 1. October 1855 als beendigt betrachte, indem die Frage, ob Implorat sich berechtigt halte, vom 1. October 1854 an noch ein Jahr lang wohnen zu bleiben, wenn man sie mit dem Imploraten nur auf die bei verspäteter Kündigung eintretende stillschweigende relocatio beziehen wollte, welche

sich nach dem Vertrag von selbst verstand, völlig zwecklos gewesen wäre, daß diese Auffassung durch die der Interpellation vorausgeschickten einleitenden Worte noch zweifelloser werden mußte, indem hier ausdrücklich darauf Bezug genommen wurde: der Implorat habe sich nach der Kündigung geäußert, er werde noch ein und ein halbes Jahr, also bis zum 1. October 1855 wohnen bleiben, was deutlich zeigte, wie er, der Implorant, es als die eigene Meinung des Imploraten voraussetzte und seinerseits als Ausgangspunkt hinstellte, daß eine Verlängerung der Miethe über den 1. October 1855 hinaus von keiner Seite beabsichtigt werde, sondern es sich nur noch um die frühere oder spätere Wirksamkeit der Kündigung innerhalb dieses Zeitraums handle;

daß auch die vom Imploraten auf die Interpellation gegebene Antwort, er habe die Kündigung als verspätet nicht angenommen und werde in dem Local bis zum 1. October 1855 wohnen bleiben, der Fragstellung und jenen einleitenden Worten gegenüber gar keine andere Deutung zuläßt, als daß damit die Auflösung der Miethe am 1. October 1855 bestätigt werden sollte;

daß somit durch diesen Vorgang, wenngleich darin eine beiderseitige Aufhebung der die Relocation betreffenden Contractsclausel nicht zu finden ist, doch völlige Gewißheit darüber hergestellt wurde, daß der Implorat nunmehr die Kündigung als eine eventuell auf den 1. October 1855 gerichtete auffassen mußte und wirklich aufgefaßt hat, so daß es nicht weiter darauf ankommt, ob der kurz nachher unter den Partheien begonnene Prozeß über die Räumungspflicht am 1. October 1854 den Imploraten nicht ebenfalls zu dieser Auffassung hätte führen müssen;

erkennt das Ober-Appellationsgericht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das bei dem Appellationsgericht der freien Stadt Frankfurt eröffnete Erkenntniß vom 29. September 1856, wie hiermit geschieht, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei. Uebrigens wird die Sache nunmehr an das Stadtgericht zurückverwiesen und soll das Appellationsgericht um Insinuation dieses Erkenntnisses an den Appellanten ersucht werden.

114.

Henriette Philippine Boser, Klägerin gegen **Johann Philipp Roth** und Ehefrau, geb. Roll **Erben,** Beklagte, Insatzzinsenforderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 10. September 1855.

In Erwägung, daß

1) von den vier Beklagten drei, Frau M., Frau P. und Frau W., der Klage die Einrede der fehlenden Passivlegitimation entgegengesetzt haben, indem sie angaben, am 2. August auf den elterlichen Nachlaß verzichtet zu haben,

2) die Annahme des auf die Klage ergangenen Bescheides kein Zugeständniß in Beziehung auf die Passivlegitimation enthält,

3) das Vorbringen der Einrede nicht verspätet ist, weil nach Ablauf der in Art. 4 (nicht 29a) des Gesetzes über die Ausklage der Hypotheken vom 8. Juli 1817 dafür vorgeschriebenen Frist keine Ungehorsamsanzeige und kein Ausschlußbescheid gegen die Beklagten erfolgte,

4) der Verzicht auf eine Erbschaft in der Absicht, dadurch einer Klage zu entgehen, den Verwurf des dolus in keiner Weise zu begründen vermag,

5) die Nichteinhaltung der in der Ref. Th. 6. Tit. 1. § 8 für die Erbschaftsentschlagung vorgeschriebenen Frist von 2 Monaten mit einem von selbst eintretenden Rechtsnachtheil gesetzlich nicht bedroht ist, folglich ein Rechtsnachtheil nur dann eintreten kann, wenn er durch richterliche Verfügung angedroht war,

Souchay. Anmerk. Bd. 2. S. 1037. (unten 1),

Bender, Handbuch des Frankfurter Priv. Rechts. S. 624.

eine solche richterliche Verfügung aber im gegenwärtigen Falle nicht vorliegt; daß

6) die Klägerin der Behauptung der am 2. August geschehenen Erbschaftsentschlagung einen bestimmten Widerspruch nicht entgegengesetzt hat, mithin in dieser Beziehung für geständig angenommen werden muß; daß

7) die Replik, die Beklagten seien in dem elterlichen Nachlasse sitzen geblieben und besäßen ihn noch pro indiviso, sie erhöben Miethzinsen aus dem Haus und bewohnen es zum Theile selbst, schon um deßwillen in dem gegenwärtigen Verfahren keine Berücksichtigung finden kann, weil sie mit nichts bewiesen ist;

wird hiermit für Recht erkannt:

I. Die Klägerin wird mit ihrer Klage gegen die Beklagten M., P. und W. angebrachtermaaßen abgewiesen und verurtheilt, denselben die verursachten Prozeßkosten zu ersetzen.

II. Der Mitbeklagten Maria Elisabetha W., geb. Roth, gegenüber wird nunmehr dem Fiscal die Versteigerung des Unterpfandes für Zinsen und Kosten, eventuell auch das Capital selbst hiermit aufgetragen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 12. December 1855.

Auf Appellation der Klägerin.

1) Das Verfahren in Insatzklagsachen richtet sich nach den Grundsätzen des unbedingten Mandatsprozesses und nach den besonderen Vorschriften des Gesetzes vom 8. Juli 1817. Im Art. 4 dieses Gesetzes ist die Zulassung von Einreden gegen den von dem Kläger erwirkten unbedingten Zahlungsbefehl an die Frist von 14 Tagen seit Mittheilung des letzteren geknüpft, ohne daß nach Ablauf dieser Frist noch ein besonderes Ausschußdecret erfordert wird;

2) ein Contumacialverfahren bezüglich der Einreden des Beklagten hat in der Absicht des Gesetzes um so gewisser nicht gelegen, als der folgende Artikel 6 verordnet, daß nach abgelaufener Frist, wenn der Beklagte keine Einreden vorgebracht hat, mit der Ausbietung des Unterpfandes vorgeschritten werden soll, was nicht sofort geschehen könnte, wenn nicht mit dem bloßen Ablauf der 14tägigen Frist alle nicht oder nicht rechtzeitig vorgebrachten Einreden eo ipso für verjährt erachtet würden.

3) Zu einem besonderen Zwischenanrufen vor Ablauf der Zahlungsfrist ist dem Kläger ohnehin kein Anlaß gegeben, weßhalb denn auch notorisch die Gerichtspraxis sich in diesem Sinn ausgebildet hat, so daß ein Fall, in welchem der Insatzkläger — sei es unmittelbar nach Ablauf der im Art. 4 bestimmten 14 tägigen Frist, oder nach Ablauf der sechswöchentlichen Zahlungsfrist um Ausschluß der Beklagten mit etwaigen Einreden angerufen hätte, schwerlich jemals vorgekommen sein dürfte, eben weil keines von beiden für nothwendig erachtet wurde, um die gesetzlichen Folgen des Ablaufs der 14 tägigen Nothfrist zur Wirksamkeit zu bringen.

4) In dem gegenwärtigen Falle haben die Beklagten innerhalb der gesetzlichen Frist keinerlei Einreden vorgebracht, sie sind vielmehr damit erst nach Ablauf der Zahlungsfrist, als der Kläger bereits in Gemäßheit des Art. 6 des Gesetzes um Feiltragung des Unterpfands angerufen hatte, hervorgetreten und konnten damit nicht mehr gehört werden. Der Umstand, daß die vorgebrachte Einrede sich auf die Legitimation der Beklagten zur Sache bezieht, kann eine ausnahmsweise Beurtheilung nicht rechtfertigen.

Wenn hiernach die erste Beschwerde der Klägerin gegründet erscheint, so bedarf die weitere Frage: ob selbst bei rechtzeitiger Vorschützung der Einrede die Klage angebrachtermaaßen zu verwerfen und nicht vielmehr im Gefolge der klägerischen Replik nach Analogie des Verfahrens in Wechselklagsachen und nach Maßgabe der zweiten Hälfte des Art. 4 des citirten Gesetzes die Sache in ordinario auszuhandeln gewesen? sowie endlich: ob nicht bei der Seitens der Beklagten offenbar verschuldeten Verzögerung ihrer Erbschaftsentschlagung, wodurch sie selbst veranlaßt haben, daß die Klage gegen sie, als die berufenen Erben gerichtet werden mußte, die Kosten des ersten Verfahrens zu compensiren waren? keiner besonderen Entscheidung, und werden daher unter Aufhebung des Abschnitts 1 des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 10. September l. J. die mitbeklagten: M., P. und W. mit ihren verspäteten Einreden abgewiesen und dagegen die Verfügung des Abschnittes 2 des gedachten Erkenntnisses auf sämmtliche Beklagten unter Verurtheilung derselben in alle Kosten erster Instanz hierdurch erstreckt.

Die Kosten der zweiten Instanz sind wegen Wechsels der Erkenntnisse verglichen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 23. Februar 1857.

Auf Appellation der Beklagten.

In Erwägung,

daß die Vorschrift in Art. 5 der Verordnung vom 8. Juli 1817 über die Ausklage der Hypotheken, derzufolge in allen Insatzausklagen keine Appellation stattfindet, wie aus der Bezugnahme auf die Stadtreformation Th. 1. Tit. 43. § 8.

cf. Orth, Nr. 4. Fors. S. 906.

sich ergibt und auch vom Ober-Appellationsgerichte früher anerkannt worden ist,

s. Bender, Handb. des Frankf. Civ.-Proz. § 88. Nr. 15.

nur auf die Berufung des beklagten Theils sich bezieht, für diesen aber das Verbot der Appellation ein allgemeines, den ganzen Insatzprozeß begreifendes ist, welches auch dann Anwendung erleiden muß, wenn, wie dieß vorliegend geschehen, auf statthafte Appellation des klagenden Theils, mithin zuständigerweise, das Appellationsgericht das einschlagende Erkenntniß erlassen hat;

wogegen die Betrachtung, daß durch ein solches, nur den einen Theil beschränkendes Verbot die prozessualische Gleichheit der Partheien in auffallendem Maaße verletzt wird, schon deßhalb nicht von entscheidendem Einflusse sein kann,

weil eine prozessualische Begünstigung des Insatzgläubigers im Interesse des Real-Credits offenbar in der Absicht des ganzen Gesetzes liegt, einer zu eingreifenden Verletzung des beklagten Theils aber dadurch vorgebeugt ist, daß, wie dieß vom Ober-Appellationsgericht wiederholt ausgesprochen worden,

Fay ca. Faber 1830. *)

Reinach ca. de Bary 1843. **)

durch den im Insatzprozeß ergehenden Zahlungsbefehl, resp. Versteigerungsauftrag der Frage, ob der Beklagte persönlich für die qu. Schuld aufzukommen habe, nicht präjudicirt wird;

---

*) Siehe S. 96.

**) Siehe S. 97.

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 12. December 1855 eingewendeten Appellation für gewahrt zu achten, die Appellation selbst aber, wie hiermit geschieht, unter Verurtheilung der Appellantinnen in die Kosten gegenwärtiger Instanz, als unstatthaft zu verwerfen sei.

Und wird die Sache nunmehr an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Auszug aus den Seite 95 angeführten Entscheidungsgründen in Sachen:

a) **Fay**, geb. **Buhs**, ca. **Faber**, resp. **Faber** ca. **Wittwe Buhs** 1830.

Da es sich in jenem Prozesse bloß von der in Ermangelung der Zahlung von Capital und Zinsen zu verfügenden Versteigerung des verpfändeten Grundstückes handelte, wobei der Antrag des Klägers als gleich begründet erschien, es mochte das Grundstück den jetzigen Beklagten mit, oder ihren übrigen damaligen Mitbeklagten allein gehören, so bedurfte es für jenen Rechtsstreit keines vollständigen Gehörs der Beklagten über die Frage, ob sie Erben ihres Vaters und ihrer Mutter geworden seien, und keiner bestimmten Entscheidung über diese Frage. Diese Entscheidung ist denn auch in dem dispositiven Theile der damals erlassenen stadtgerichtlichen Bescheide nicht weiter enthalten, als daß die Beklagten wegen mangelnder Bescheinigung, von der elterlichen Erbschaft abstinirt zu haben, ex lite nicht entlassen werden könnten, und daß sie ihrer Remonstration ungeachtet in dem Rubrum beibehalten sind, als auf den öffentlichen Verkauf des Grundstücks erkannt wurde.

Jedenfalls liegt in demjenigen, was damals verfügt wurde, nur der Ausspruch, daß für den Insatzprozeß, nach dessen Natur illiquide Einreden nicht beachtet und Appellationen nicht zugelassen werden, die Beklagten sich mit als Parthei behandeln lassen müßten, keineswegs aber der, daß sie wirklich Erben ihrer Eltern seien.

Hat nun die jetzt von dem Kläger angestellte Rückstandsklage keine so summarische Natur, als die Insatzklage, und bedarf es bei jener, wo die eigene persönliche Verpflichtung der Beklagten und nicht bloß die Versteigerung eines zur Erbschaftsmasse gehörigen Immobile in Frage steht, allerdings einer bestimmten Ermittelung der Vorfrage, ob sie auch ihre Eltern beerbt haben, so würde es denselben an sich durchaus gestattet werden müssen, in dem gegenwärtigen Rechtsstreit eine neue Verhandlung und Entscheidung über den Punkt herbeizuführen.

b) Reinach ca. de Bary 1843.

Handelte es sich freilich

a) gegenwärtig noch von der eigentlichen Insatzklage, und wäre auf das in dem Zahlungsbefehl angedrohte Präjudiz demnächst wirklich erkannt worden, so würde die Beklagte ihrer Einreden, soweit sie gegen diese überall zulässig waren, wegen Nichteinhaltung der im Art. 4 der Verordnung über die Ausklagung der Hypotheken vom 8. Juli 1817 vorgeschriebenen peremtorischen Frist von vierzehn Tagen, allerdings mit Recht verlustig erklärt sein, indem die Grundlosigkeit der von der Beklagten hiergegen gemachten verschiedenen Einwendungen keiner Erörterung bedarf. Allein es ist klar, daß jene nur auf den Insatzprozeß sich beziehende Vorschrift auf die gegenwärtige, erst nach dem auf Antrag des ersten Insatzgläubigers Statt gehabten Verkaufe des verpfändeten Hauses eingetretene Verfolgung persönlicher Ansprüche gegen die Beklagte keine Anwendung leiden und die Geltendmachung von Einreden gegen diesen Anspruch nicht ausschließen kann.

115.

Johann Friedrich Hausmann, gewesenen Handelsmanns Kinder erster Ehe, Kläger wider **Catharina Hausmann** Wittwe, geb. Kessel, Beklagte, Gebrauch der Firma „Friedrich Hausmann" betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 9. Mai 1855.

In Erwägung, daß

1) zwar von mehreren Miterben keinem ein ausschließliches Recht auf den Gebrauch der vom Erblasser geführten Firma zusteht, insbesondere der Beklagten gegenüber den Klägern ein solches nicht eingeräumt werden kann; dagegen

2) die ausdrückliche oder stillschweigende Ueberlassung des Gebrauchs einer solchen Firma an Einen der Miterben von Seiten der übrigen unbedenklich zulässig erscheint;

3) in vorliegendem Falle die Beklagte bald nach dem Tod ihres Mannes im Februar 1848 durch Börsenanschlag bekannt gemacht hat, daß sie die Handlung, welche ihr verstorbener Ehegatte Johann Friedrich Hausmann unter der Firma „Friedrich Hausmann" geführt, übernommen habe und solche für ihre alleinige Rechnung und Verbindlichkeit unter der bisherigen Firma führen und fortsetzen werde, und Kläger selbst Seite 2 der Klage anführen, daß Beklagte seit dem 22. Februar 1848 diese Firma führe, hiernach aber und da die Kläger nicht anführen, daß sie oder ihre früheren Vertreter erst später und vor Kurzem Kenntniß hiervon erhalten haben, anzunehmen ist, daß sie die Fortführung der Firma „Friedrich Hausmann" durch die Beklagte wissentlich und ohne Widerspruch haben geschehen lassen und hierin eine, auch von der Beklagten Seite 5 ihrer Vernehmlassung behauptete freiwillige Ueberlassung der

Firma an die Beklagte, welche jetzt von den Klägern nicht angefochten werden könnte, zu finden sein würde, wenn nicht

4) nach dem Vorgeben der Kläger, deren Vormünder ihnen damals, als die Wittwe Hausmann Waarengeräthe und einen Theil der Maschinen und Werkzeuge aus dem Hausmann'schen Geschäft übernommen hat, das Recht auf die Firma ausdrücklich gewahrt haben sollten, was bei dem Läugnen der Beklagten den Klägern zum Beweis zu verstellen ist;

wird für Recht erkannt:

Kläger werden mit der erhobenen Klage ab- und zur Ruhe gewiesen und schuldig erkannt, der Beklagten die derselben verursachten Streitkosten zu erstatten, sie könnten denn binnen vierzehn Tagen, der Beklagten Gegenbeweis vorbehalten, beweisen:

„daß ihre Vormünder ihnen seiner Zeit das Recht auf die Firma „Friedrich Häusmann" der Beklagten gegenüber ausdrücklich gewahrt haben."

in welchem Fall in der Hauptsache und der Kosten wegen anderweit erkannt werden soll.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 19. September 1855.

Auf beiderseitige Appellation.

In Erwägung, daß

1) die Berechtigung der Wittwe eines Handelsmannes zur Fortsetzung des von ihrem verstorbenen Ehemann betriebenen Gewerbs unter der seither geführten Firma nicht als ein Ausfluß ihres statutarischen Erbrechtes betrachtet werden kann, vielmehr auf ihrer Eigenschaft einer dem Handelsstand angehörigen Wittwe auf ihrem persönlichen Gewerbrecht beruht, wozu sie irgend einer andern Qualification, selbst die vorgängiger Erlernung des betreffenden Gewerbes nicht bedarf und welches ihr auch, vorausgesetzt, daß in handelspolizeilicher Hinsicht kein Anstand obwaltet, dann nicht entzogen werden könnte, wenn sie im Uebrigen gar nicht Statutarerbin ihres verstorbenen Ehemannes geworden wäre, was Alles jedoch, wie sich

7*

von selbst versteht, die Vermögensmasse an sich und die Erbfolge bezüglich der Handlungsobjecte, der Waarenvorräthe, Ausstände und so weiter nicht berührt;

2) unter diesen Umständen ein Vorbehalt der Vormünder der Hausmann'schen Kinder bezüglich der Firma „Friedrich Hausmann" der Wittwe gegenüber unberechtigt und wirkungslos gewesen sein würde, eine deßfallsige Beweisführung daher überflüssig erscheint und diese — abgesehen hiervon, in dem vorliegenden Fall auch schon deßhalb nicht nachgelassen werden könnte, weil das klägerische Vorbringen: die Vormünder hätten das Recht der Kinder auf die Firma seiner Zeit „gewahrt," in keiner Beziehung gehörig substantiirt und überdieß in concreto auch unerheblich ist, da die Kläger das Recht auf die Firma zum eigenen Gebrauch gar nicht zum Gegenstand ihres Klagpetiti gemacht haben, endlich

— — — — — — — — — — — — —

wird unter Verwerfung der Beschwerde der Kläger in Folge der Appellation der Beklagten abändernd zu Recht erkannt:

1) die Kläger werden mit der erhobenen Klage unter Verurtheilung in die Kosten erster Instanz ab- und zur Ruhe gewiesen;
2) die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden sämmtlich gegeneinander verglichen.

Auf weitere Appellation der Kläger wurde vorstehendes Erkenntniß durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 28. Februar 1857 bestätigt unter Verfällung der Appellanten in die Kosten dieser Instanz.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die Abweisung der Klage, auf welche mit den vorigen Richtern erkannt werden mußte, würde großen Bedenken unterliegen, wenn, um zu derselben zu gelangen, von dem Satze auszugehen wäre, daß die Wittwe eines Handelsmanns auch da, wo sie mit dessen Kindern concurrirt, ein ausschließliches Recht habe, dessen Handlung unter der bisherigen Firma fortzusetzen. Denn dieser Satz ließe sich nur,

wie auch von der Beklagten geschieht, dadurch begründen, daß man die bei Handwerkszünften stattfindende ausschließliche Befugniß der Meisterwittwen zur Fortsetzung des ihren verstorbenen Ehemännern als Mitgliedern der Zunft zustehenden und bekanntlich nicht auf die Söhne vererbenden Rechts auf Ausübung eines Handwerks auf die Wittwen von Handelsleuten ausdehnte. Und eine solche Ausdehnung dieses auf der Zunftverfassung und den ganz besonderen Privilegien der Meisterwittwen beruhenden Instituts ist nicht nur da, wo der Handel, wie in Frankfurt, nicht mehr zünftig ist, an sich bedenklich, sondern dürfte auch mit der Bestimmung der Frankfurter Reformation sich nicht wohl vereinigen lassen, nach welcher, wenn einer von mehreren Gesellschaftern stirbt, dessen Kinder das Recht haben, unter gleichen Bedingungen wie ihr verstorbener Vater in die Gesellschaft aufgenommen zu werden, also das Geschäft mit den übrigen Gesellschaftern fortzusetzen.

Reform. II. 23. § 7.

Allein weder das Appellationsgericht, noch auch Bender in der von der Beklagten angezogenen Stelle,

Handbuch des Frankf. Priv.=R. S. 687.,

reden von einem solchen ausschließlichen Rechte, sondern nur von einer der Wittwe eines Handelsmanns im Allgemeinen kraft ihres persönlichen Gewerbrechts zustehenden Befugniß, das Geschäft ihres Ehemanns unter dessen Firma fortzusetzen. Diese Befugniß aber ist unbedenklich anzuerkennen, wird auch von den Klägern zugestanden, und dieß genügt, um im vorliegenden Falle die Klage abzuweisen; und somit bedarf Alles, was die Kläger gegen ein angebliches, auf Gewohnheit sich gründendes ausschließliches Recht der Wittwe vorbringen, keiner Widerlegung.

Beim Tode des Johann Friedrich Hausmann waren nämlich dessen Söhne sämmtlich noch minderjährig, der älteste sechzehn, der jüngste vierzehn Jahre alt, so daß eine Vormundschaft über dieselben angeordnet werden mußte. Bekanntlich sind aber Vormünder nicht befugt, ein vom Vater betriebenes Fabrik= oder Handelsgeschäft ohne Erlaubniß der Obervormundschaft für Rechnung ihrer Mündel fortzuführen. Nun ergibt sich aber aus den auf Antrag der Kläger

requirirten J. F. Hausmann'schen Nachlaß= und Curatel=Acten, daß die Vormünder der Hausmann'schen Kinder nicht nur keine Anträge beim Curatelamte wegen Fortsetzung der väterlichen Fabrik und Handlung für Rechnung ihrer Mündel gestellt, sondern daß sie vielmehr erklärt haben, sich mit dieser Fortsetzung nicht befassen zu können.

Unter diesen Umständen machte die Wittwe von dem ihr zustehenden Recht, ihrerseits das Geschäft ihres verstorbenen Ehemannes fortzusetzen, Gebrauch. Dieß ward von den Vormündern, welche ihr dazu durch Ueberlassung des Fabrikgebäudes in Homburg und des Frankfurter Geschäftslocals, sowie der Waarenvorräthe, Comptoir=Utensilien und Fabrikgeräthschaften nach erlangter Vergünstigung des Curatelamtes behülflich waren, ausdrücklich anerkannt, indem sie dem Curatelamt anzeigten, das Geschäft von J. F. Hausmann sei von dessen Wittwe für eigene Rechnung übernommen und nach wie vor ununterbrochen und zwar vom 2. August 1847 an für eigene Rechnung betrieben worden.

Hat die Wittwe nun aber von dem ihr zustehenden Rechte, das Geschäft ihres verstorbenen Mannes fortzusetzen, mit Consens der Vormünder ihrer Stiefkinder Gebrauch gemacht, — wobei es hier gar nicht darauf ankommt, ob sie alle Activa und Passiva des Geschäfts übernommen, oder ob dieses für Rechnung der Erben, zu denen auch sie gehörte, liquidirt worden ist, — so war sie auch befugt, dieß unter der bisherigen Firma zu thun, man mag nun diese Firma als ein vermögensrechtliches Object des J. F. Hausmann=schen Nachlasses ansehen, oder davon ausgehen, daß sie mit der Liquidation des Hausmann'schen Geschäfts aufgehört habe zu existiren. Denn im erstern Falle bildete sie nur ein Annexum des Geschäfts, dessen Fortsetzung die Wittwe im Einverständniß mit den Vormündern kraft eigenen Rechts übernahm, und auch im letzteren Falle war sie nach gemeinrechtlichen Grundsätzen, wonach die Wahl einer Firma, wenigstens dann, wenn eine solche nicht schon anderweit besteht, durchaus keinen Beschränkungen unterliegt,

Thöl, Handels=R., Th. I. § 36. IV.
Mittermeier, Deutsch. Priv.=R., Th. II. § 555. III.
Brinkmann, Handels=R., § 21.

an den Consens der Vormünder überall nicht gebunden. Denn der Satz, welchen die Kläger geltend machen, daß eine Firma nicht den Namen eines Verstorbenen enthalten dürfe, hat gemeinrechtlich keine Gültigkeit.

Allerdings zwar haben die Kläger darin Recht, daß das bloße bisherige Stillschweigen zu dem von der Beklagten mit Erlaubniß des Rechneiamtes verfügten Börsenanschlage sie ihres Widerspruchsrechtes, wenn sie ein solches haben, nicht verlustig gemacht haben würde. Allein eben ein solches fehlt ihnen. Denn da die Beklagte gezeigtermaaßen beim Tod ihres Ehemannes vollkommen berechtigt war zu dem, was sie gethan, so müssen die Kläger, zumal sie ihrerseits gar nicht das Recht in Anspruch nehmen, die Firma Friedrich Hausmann zu führen, einen speciellen Titel nachweisen, welcher sie berechtigt, jetzt und nachdem zwei von ihnen ein neues Ladengeschäft unter der Firma Gebrüder Hausmann begründet haben, von der Beklagten zu verlangen, daß sie die bisher gebrauchte Firma „Friedrich Hausmann" aufgebe. Als einen solchen speciellen Titel haben sie aber nur etwas geltend gemacht, was unten sub 3 noch näher vorkommen wird, und jedenfalls, weil geleugnet, noch des Beweises bedürfen würde.

Aus dem bisherigen ergibt sich

1) daß der Prinzipalantrag der Kläger, ihrem Petitum gemäß sofort condemnatorisch zu erkennen, ein völlig unbegründeter ist.

Ferner kann

2) auch dem ersten in dieser Instanz gestellten eventuellen Antrage, der Beklagten den Beweis aufzuerlegen:

> „daß die Vormünder der Kläger die Absicht gehabt, daß ihr, der Beklagten, die Firma „Friedrich Hausmann" ausschließlich und unwiderruflich überlassen werden und gehören solle,"

nicht Statt gegeben werden. Denn will man auch ganz davon absehen, daß die Kläger einen solchen Antrag weder in erster, noch in zweiter Instanz gestellt haben, so erscheint der Antrag doch jedenfalls deßhalb ganz unbegründet, weil, nachdem die Vormünder ihrerseits die Fortsetzung des Hausmann'schen Geschäfts für ihre

Mündel abgelehnt und der Beklagten überlassen hatten, dieß für eigne Rechnung zu thun, Letztere für die Beibehaltung auch der bisherigen Firma nach dem Obigen der Zustimmung der Vormünder gar nicht bedurfte, es mithin als ganz irrelevant erscheint, welche Absichten sie bei der Ueberlassung der Handlung gehegt haben mögen.

Es kann aber auch

3) dem zweiten eventuellen Antrage nicht Statt gegeben werden, welcher dahin geht, mindestens das Stadtgerichts-Erkenntniß wieder herzustellen, also den Klägern den Beweis nachzulassen:

> daß die Vormünder ihnen, den Klägern, seiner Zeit das Recht auf die Firma „Friedrich Hausmann" der Beklagten gegenüber ausdrücklich gewahrt haben.

Denn es war

a) dem Appellationsgerichte schon darin beizutreten, daß die Behauptung, welche dieser Beweisnachlassung zum Grunde liegt, nicht genügend substantiirt sei, indem in der Klage gar nicht näher angegeben war, wie die behauptete Wahrung auf eine rechtlich wirksame Weise geschehen sei. Nachdem aber die Kläger in gegenwärtiger Instanz ihre Behauptung in der Klage, um sie als gehörig substantiirt darzustellen, nur dahin näher erläutern, die Vormünder hätten der Anmaßung der Firma von Seiten der Beklagten widersprochen und die Führung der Firma nur geduldet, bis sie, die Kläger, sich einmal veranlaßt sehen würden, das Recht dazu zu bestreiten, erscheint

b) auch der zweite Grund des Appellationsgerichts, nämlich der der völligen Irrelevanz jener Behauptung ganz entscheidend. Denn wenn, wie oben gezeigt, die Beklagte zur Fortführung der Firma „Friedrich Hausmann" des Consenses der Vormünder den Umständen nach gar nicht bedurfte, so konnten diese auch überall nicht wirksam protestiren.

Ganz anders freilich stände die Sache, wenn die Behauptung, welche die Kläger in der Replik aufgestellt haben, daß damals, als die Vormünder das Recht der Kinder auf die Firma gewahrt, also wie die Kläger dieß jetzt erläutern, dem Gebrauche der Firma

durch die Beklagte widersprochen, Letztere sich mit dem Vorbehalte der Vormünder einverstanden erklärt habe, berücksichtigt werden könnte. Allein theils ist diese Behauptung ebenfalls nicht gehörig substantiirt, indem gar nicht näher angegeben ist, worin denn der Vorbehalt, der offenbar etwas Anderes sein soll als der Widerspruch, eigentlich bestanden habe, theils erscheint diese Behauptung, insofern darin die eines Pactum liegt, als eine unzulässige Klagänderung, welcher die Beklagte als einer solchen widersprochen, und welche daher auch vom Stadtgerichte nicht berücksichtigt ist, theils endlich sind die Kläger später auf dieselbe gar nicht mehr zurückgekommen, und haben nicht nur über die Nichtberücksichtigung derselben durch das Stadtgericht sich gar nicht beschwert, sondern auch in gegenwärtiger Instanz, wie bemerkt, ihren eventuellen Antrag ausdrücklich auf Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Beweises gerichtet.

116.

Wittwe **Dorothea Maria Kremenz**, vorher verehelichte Hahn und Michel, geb. Stamminger, Klägerin und Widerbeklagte wider **Anna Elisabetha Horst**, geb. Schwalb, Beklagte und Widerklägerin, wegen Miethzinsforderungen und Gegenforderungen, jetzt geführten Beweis betreffend. *)

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 28. Februar 1857.

I. Die beiden vorigen Gerichte haben den der Widerklägerin auferlegten Beweis:

> daß außer den in [13] und [14] enthaltenen Mobiliargegenständen auch noch die anderen der in [7] und [10] verzeichneten, oder welche derselben bei dem Ableben der Hahn'schen Ehefrau in deren hiesigem Nachlaß vorhanden gewesen sind,

für bis zum Erfüllungseid erbracht erklärt und die Widerklägerin zu diesem Eid über sämmtliche Gegenstände zugelassen, welche die letztgedachten beiden Verzeichnisse mehr enthalten, als die ersten beiden.

Die Widerbeklagte dagegen verlangt mittelst ihrer ersten Beschwerde zum Schiedseid eventualiter zum Reinigungseide zugelassen zu werden, und diesem eventuellen Antrage war, wenigstens theilweise, Statt zu geben.

Was zunächst

A. die Person der Beweiszeugen betrifft, so ist gegen die Glaubwürdigkeit

---

*) Siehe diese Sammlung Band II. S. 1.

1) der Zeugin N. der doppelte Einwand geltend gemacht, daß sie eine Verwandte und eine intime Freundin der Producentin sei.

Was nun

a) die Freundschaft betrifft, so würde solche, wenn sie eine besonders vertraute wäre, die Zeugin allerdings einigermaaßen verdächtig machen. Allein ein solches Verhältniß ergibt sich aus den Aussagen der Impugnationszeugen durchaus nicht, indem das, was sie angeben, sich auch ohne Annahme besonders freundschaftlicher Beziehungen ganz einfach aus dem Verwandtschaftsverhältnisse, welches den Zeugen unbekannt war, erklärt.

b) Dieses Verwandtschaftsverhältniß aber, nämlich, daß die Frau N., wie sie selbst angibt, Geschwisterkind, also Nichte der Producentin ist, macht sie schon nach gemeinrechtlicher Praxis, besonders aber nach der Frankfurter Reformation, welche die um einen Grad näher stehenden Geschwister sogar für unzulässige Zeugen erklärt,

Reform. I. 33. § 6.

allerdings zu einer nicht ganz classischen, sondern etwas suspecten Zeugin.

Dagegen vermag Dasjenige, was

2) in Betreff der Zeugin N. von den Impugnationszeugen S. und Ehefrau bekundet wird, daß sie nämlich, als sie im Hause der Productin gewohnt, mit allen anderen Hausbewohnern und auch mit der Productin immer Streit gehabt, und deßhalb habe ausziehen müssen, um so weniger diese Zeugin irgend verdächtig zu machen, als sie ohne Zweifel nicht, wie der Sachführer der Productin angibt, bei dieser, sondern bei den Hahn'schen Eheleuten, welchen die Productin ihr ganzes Haus, unter Reservation nur zweier Zimmer, vermiethet hatte, zur Miethe gewohnt, mithin nur von diesen gekündigt sein kann.

Gegen die übrigen Zeugen ist nichts erinnert und sie dürfen daher als classisch gelten.

Anlangend aber

B. die Aussagen der Zeugen, so erscheint es nothwendig, zwischen den einzelnen Gegenständen, über welche specielle Aussagen vorliegen, zu unterscheiden.

Hier kann es nun

a) als vollständig resp. beinahe vollständig erwiesen gelten, daß folgende Gegenstände, welche die Productin als fehlend angibt, beim Tode der Frau Hahn vorhanden gewesen sind.

— — — — — — — — — — — — —

Ferner

b) kann es halb bewiesen gelten, daß folgende Gegenstände vorhanden gewesen seien.

— — — — — — — — — — — — —

Hinsichtlich aller dieser Gegenstände unter a) und b) mußte es bei dem erkannten Suppletorium sein Bewenden behalten, da über die Gegenstände unter a) mehr als halber Beweis vorliegt, und was die übrigen betrifft, die Reformation ausdrücklich gestattet, bei der Aussage Eines classischen Zeugen auf den Erfüllungseid zu erkennen,

Reform. I. 39. § 7.

und bei solchergestalt halb geführtem Beweis es auch nicht darauf ankommt, daß die Productin nur de credulitate zu schwören im Stand ist.

Bender, Proz. S. 154 und Nota 13.

Dagegen konnte es bei diesem Suppletorium

c) hinsichtlich folgender Gegenstände nicht verbleiben, sondern hier nur auf ein purgatorium erkannt werden, weil für diese nur die Aussagen der nicht ganz unverdächtigen Zeugin N. vorliegen.

— — — — — — — — — — — — —

d) In Betreff aller übrigen in Nr. 7 und 10 verzeichneten Gegenstände, deren Vorhandensein die Productin entweder überhaupt oder in der angegebenen Zahl bestreitet, liegen gar keine speciellen Zeugenaussagen vor. Es würde hier also nichts erübrigen, als auf den der Productin deferirten und von ihr acceptirten Schiedseid zu erkennen.

Allein da nach den an sich von der Productin für richtig anerkannten Verzeichnissen Nr. 7 und 10 die Eheleute Hahn sehr vollständig eingerichtet gewesen sind, wie dieß auch die Zeuginnen S. Ehefrau und N. bekunden, auch die Productin nicht zu behaupten vermocht hat, daß schon zu Lebzeiten der Frau Hahn etwas ver-

kauft worden sei, so mußte es, da der Productin doch ohnehin ein Reinigungseid auferlegt wird, um so angemessener erscheinen, diesen auch auf diese übrigen Gegenstände auszudehnen, als nach Lage der Sache auf den Fall einer Zurückschiebung des deferirten Eides hier nicht Rücksicht zu nehmen war.

Uebrigens hat zwar zum Zweck eines Gegenbeweises die Widerbeklagte sich auf die bei den Nachlaßacten ihrer Schwiegertochter und ihres Sohnes befindlichen gerichtlichen Inventare berufen, und es würden etwa vorhandene Gegenbeweismomente hinsichtlich derjenigen Gegenstände, über welche die Producentin nach dem Ergebniß des Beweises zum Suppletorium zuzulassen ist, allerdings noch in Betracht gezogen werden müssen.

Allein das allein in Betracht kommende Inventar über den Nachlaß der Frau Hahn beweist deßhalb gar nichts, weil demselben, welches überdieß erst mehrere Monate nach dem Tode der Erblasserin aufgenommen ist, lediglich die Angaben des von der Statutgebühr ausgeschlossenen Wittwers zum Grunde gelegt worden sind,

II. die dritte eventuelle Beschwerde, die hier zunächst zu behandeln ist, geht dahin, daß die Widerbeklagte eventuell schuldig erkannt sei, die beim Tode der Frau Hahn vorhanden gewesenen Gegenstände oder deren erweislichen Werth herauszugeben, indem sie meint, die eventuelle Verurtheilung habe nur auf Herausgabe derjenigen Gegenstände gerichtet werden können, welche aus dem Nachlasse der Frau Hahn auf sie gekommen seien. Allein diese Beschwerde verstößt gegen das rechtskräftige Beweisinterlocut vom 12. August 1853, wodurch Dasjenige, was jetzt angefochten wird, ganz ausdrücklich als Folge der Führung des jetzt fraglichen Beweises erkannt ist. Und wenn die Appellantin dawider geltend macht, daß in den Entscheidungsgründen des Ober-Appellationsgerichts zu dessen Erkenntnisse vom 22. Januar 1855 ausgesprochen sei, daß sie der Gegnerin nur das herauszuzahlen, beziehungsweise herauszugeben habe, was sie aus dem Nachlaß ihres Sohnes erhalten, so steht das, was dort — übrigens gar nicht in solcher Weise — ausgesprochen ist, mit dem jetzt fraglichen, damals überall nicht zur Entscheidung an das Ober-Appellationsgericht

erwachsenen Punkt in keiner Beziehung, es ist vielmehr damals nur in Betreff der eingeklagten Miethesforderung gesagt, daß, obgleich der verstorbene Sohn der Klägerin, den diese beerbt, für jene Forderung als Correus mitgehaftet habe, doch die Klägerin, da sie dessen Nachlaß cum beneficio inventarii angetreten, nur dasjenige, was sie aus diesem Nachlaß erhalten habe, sich auf die eingeklagte Forderung brauche anrechnen zu lassen.

III. Die letzte Beschwerde betrifft den Kostenpunkt.

Das Stadtgericht hat je nach Leistung der Eide einerseits unter I. II., andererseits unter III. seines Erkenntnisses den unterliegenden Theil in die Hälfte der Kosten verurtheilt. Wenn nun die Widerbeklagte meint, sie dürfe nur dann auch nur in die Hälfte der Kosten verurtheilt werden, wenn sie den Eid unter I. nicht leisten und auch in Betreff des Punkts unter III. vollständig sachfällig werden sollte, so steht dem freilich nicht zu deferiren. Dagegen erscheint es, da gegenwärtig in Betreff der reclamirten Mobiliargegenstände theilweise auf einen Erfüllungs-, theilweise auf einen Reinigungseid erkannt wird, angemessen, unter Aufhebung der ohnehin nicht ganz klaren Bestimmung des Stadtgerichts-Erkenntnisses unter VI. und VII., die Entscheidung über diese andere Hälfte der Kosten auszusetzen und zum künftigen Erkenntnisse des Stadtgerichts zu verstellen, da alle möglichen Modalitäten in Leistung der Eide, wonach sich die Entscheidung über die Kosten zu richten haben wird, nicht füglich jetzt schon berücksichtigt werden können.

Bei der hiernach ergehenden wesentlichen Abänderung der beiden vorigen Erkenntnisse mußten die Kosten dieser und der vorigen Instanz compensirt werden.

117.

Großherzoglich Hessische Ober-Steuerdirection zu Darmstadt, Klägerin, gegen die Erben der zu Frankfurt verstorbenen **Henriette Wolff** aus Offenbach, Beklagte, die Entrichtung von Collateralsteuer betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 4. April 1856.

In Erwägung, daß

— — — — — — — — — — — — —

2) es für unzulässig nicht erachtet werden kann, daß Steuerbehörden die zu erhebenden Steuern namentlich dann, wenn deren Beitreibung auf administrativem Wege nicht möglich ist, auf gerichtlichem Wege beitreiben;

3) die Competenz der hiesigen Gerichte hinsichtlich der dem Frankfurter Staatsverband nicht angehörigen Mitbeklagten und die Inhibition der Einweisung derselben in den Nachlaß der Henriette Wolff in Betracht des appellationsgerichtlichen Erkenntnisses vom 22. Juni 1855 nicht zu beanstanden ist;

4) die Legitimation des klagenden Theils zur Sache nach Maaßgabe der der klägerischen Vollmacht beigefügten Attestation keinem Bedenken unterliegt;

— — — — — — — — — — — — —

6) mit dem dahier erfolgten Ableben der seit 1849 dahier wohnhaft gewesenen Henriette Wolff, die zu deren Vermögen gehörigen, sämmtlich dahier befindlichen Gegenstände aufgehört haben, in einer Beziehung zum Großherzogthum Hessen zu stehen, daher die dortigen Erbsteuergesetze ebenso wenig auf den nach hiesigem Rechte zu regulirenden Nachlaß, als auf die dem Großherzogthum nicht angehörigen Erben anzuwenden sind und — wie es die Natur

von Steuergesetzen mit sich bringt — nur die Fälle bezielen können, wo die fragliche Steuer im Lande selbst greifbar ist.

— — — — — — — — — — — — —

II. wird klagender Theil mit der erhobenen Klage ab- und zur Ruhe gewiesen und zum Ersatz der den Beklagten entstandenen Kosten verurtheilt.

Auf Appellation der Klägerin wurde vorstehendes Urtheil durch die Urtheile des Appellationsgerichts vom 6. Juni 1856 und des Ober-Appellationsgerichts vom 28. Februar 1857 unter Verfällung der Klägerin in die Kosten bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die klägerische Appellation mußte verworfen werden, weil mit den vorigen Richtern anzunehmen war, daß

1) es bei der Frage, den Gesetzen welches Staates der Nachlaß eines Verstorbenen in Betreff der Eröffnung, Vererbung und sonstigen Behandlung unterworfen sei, nur darauf ankomme, wo der Verstorbene zur Zeit seines Ablebens sein Domicil gehabt habe, ohne daß auf den staatsbürgerlichen Nexus desselben oder darauf, wo er heimathsberechtigt gewesen, zu sehen sei;

2) daß die verstorbene Henriette Wolff zur Zeit ihres Ablebens ihr Domicil in Frankfurt gehabt habe.

ad 1) Für die Behandlung des Nachlasses eines Verstorbenen, insonderheit für die Frage, wo derselbe als eröffnet zu gelten habe und wer zum Erbrechte berufen sei, gibt es kein anderes örtliches Recht, als das Recht desjenigen Domicils, welches der Erblasser zur Zeit seines Todes hatte.

Nur drei verschiedene Ansichten haben sich unter den Rechtslehrern successive geltend gemacht. Die erste, nach welcher es lediglich auf die Gesetze des Landes ankomme, in welchem die zur Erbschaft gehörigen Sachen, seien es Mobilien oder Immobilien, liegen;

vergl. v. Wächter im Archiv für civilist. Praxis Bd. 24 S. 275 und 276, Bd. 25. S. 192.

die zweite, nach welcher hinsichtlich der Mobilien der Wohnsitz des Erblassers, und nur hinsichtlich der Immobilien das Land oder der Ort in Betracht kommen soll, wo sie belegen seien;

v. Wächter l. c. Bd. 25. S. 188 bis 192.

endlich die dritte Ansicht, für welche sich die bedeutendsten neueren Autoritäten sowohl unter den Civilisten, wie unter den Germanisten entschieden haben, daß es allgemein auf die Gesetze des Orts ankomme, in welchem der Verstorbene zur Zeit seines Ablebens sein Domicil gehabt habe.

v. Wächter l. c. Bd. 25. S. 198, 199 und 363.
v. Savigny, System, Bd. 8. S. 295 bis 298.
Eichhorn, Deutsches Privat-Recht § 35.
Mittermaier, D. Priv.-R. § 32.
Gerber, D. Priv.-R. § 32.
Walter, D. Priv.-R. § 49.

Nun würde es im vorliegenden Fall unter der Voraussetzung, daß Frankfurt als Domicilort der verstorbenen Wolff entweder schon als feststehend anzunehmen sein sollte, oder noch als solcher nachgewiesen werden könnte, auf die vorbemerkte Verschiedenheit der Meinungen nicht ankommen, da, bei dem Vorhandensein aller Nachlaßgegenstände zu Frankfurt, zufolge einer jeden derselben hier die Frankfurtischen Gerichte als die für die Eröffnung und Vertheilung des Nachlasses zuständigen, die Frankfurtischen Gesetze als die hierbei maaßgebenden anzusehen sein würden. Indessen konnte, auch abgesehen von dieser besondern Sachlage, kein Bedenken über die abzugebende Entscheidung bestehen, da, wie auch schon früher in Frankfurtischen Sachen geschehen ist,

vergl. Erkenntniß in Sachen Meyer ca. Ziegler vom 27. März 1829, *)

das Ober-Appellationsgericht der dritten der eben aufgeführten Ansichten beitreten und das Domicil als allein entscheidend ansehen müßte.

Hiergegen ist von der Appellantin der Einwand erhoben worden, daß, wenn der Ort des Wohnsitzes von demjenigen der Staats-

*) Siehe Seite 116.

bürger-Angehörigkeit oder doch der Heimathsberechtigung verschieden sei, der Wohnsitz die ihm sonst beizulegende volle Wirksamkeit nicht ausübe, und daß in diesem Fall auf die betreffende Person und deren Vermögen — nach ihrem Ableben auch auf ihren Nachlaß — die Gesetze des Heimathslandes anzuwenden seien. — Dieser Aufstellung, für welche außer

Souchay, Anmerk. zur Ref. Bd. II. S. 854 (Bogen 55)

keine Autoren sich erklärt haben, konnte indessen nicht beigepflichtet werden, und zwar weder nach allgemeinen Grundsätzen, noch in specieller Anwendung auf die rechtliche Stellung der Frankfurtischen Permissionisten.

Ersteres nicht, weil das Staatsbürgerrecht und vollends das minder umfassende bloße Heimathsrecht nicht die Wirkung haben können, in dem Falle, wenn der Inhaber derselben seinen Wohnsitz nach dem Auslande verlegt haben sollte, den Eintritt derjenigen Folgen zu verhindern, welche das ausländische Recht an die Begründung eines Domicils knüpft. — Der Fortbestand des bisherigen staatsbürgerlichen Nexus und des Heimathsrechts ist vielmehr neben dem nun begründeten Domicile möglich und hat nur die Folge, daß die in Betracht kommende Person im Verhältnisse zu dem betreffenden Staat oder Orte gewisse Rechte und Verpflichtungen hat, welche keinen erschöpfenden und ausschließlichen Einfluß auf ihre Rechtsfähigkeit oder auf die Totalität ihres Vermögens ausüben. Auch dieß ist schon früher vom Ober-Appellationsgericht in der angezogenen Frankfurtischen Entscheidung ausgesprochen worden.

Insbesondere nun die rechtliche Stellung der Frankfurtischen Permissionisten anlangend, so hat freilich die Klägerin dem Umstande Bedeutung beizulegen versucht, daß jene Permissionisten auch „Fremde" genannt werden. Allein hieraus kann Nichts zu Gunsten der klägerischen Anträge abgeleitet werden, „Fremde," oder wie die Reformation sie nennt, „Ausländische," bilden nur den Gegensatz gegen „Bürger und Beisassen" und werden auch „Einwohner" genannt.

Moritz, Staatsverfassung der Reichsstadt Frankfurt 1785. Bd. I. S. 272 ff.

Sie bilden also dieselbe Klasse von Personen, welche in anderen Rechten als „Gäste" bezeichnet werden, und sind, wenn sie ein

Gewerbe treiben, sogar der Einkommensteuer unterworfen, während bei den kein Gewerbe treibenden an die Stelle der Einkommensteuer ein Permissionsstempel getreten ist.

Bender, Handb., S. 130.

Wollte man den Permissionisten die Möglichkeit absprechen, in Frankfurt ein Domicil mit den einem solchen angehörigen Rechtsfolgen zu erwerben, so würde letzteres nur den Bürgern und Beisassen zustehen, und der Unterschied zwischen cives und incolae fiele hier ganz weg.

Für die Unrichtigkeit der klägerischen Auffassung kann endlich noch der Umstand angeführt werden, daß in dem Frankfurtischen Rechte die sogenannten „Ausbürger“ vorkommen, worunter solche Frankfurtische Staatsangehörige verstanden werden, welche mit Beibehaltung ihres Frankfurtischen Bürgerrechts auswärts ein Domicil erwerben und in Betreff der Versteuerung ihres Vermögens den Frankfurtischen Gesetzen nur insoweit unterworfen bleiben, als Theile desselben sich dort befinden.

ad 2) Für die Annahme des von den Beklagten behaupteten Frankfurtischen Domicils der verstorbenen Henriette Wolff liegen folgende Umstände in den Acten. — Die genannte Wolff, welche bis zu dem im Jahr 1849 erfolgten Ableben ihres Vaters in Offenbach bei demselben gelebt hatte, hat, wie die Beklagten behaupten, alsbald nachher, unbestrittenermaaßen aber noch in demselben Jahr ihren Aufenthalt nach Frankfurt verlegt und dort eine eigene Wohnung genommen, wogegen sie eine solche in Offenbach nicht beibehalten hat; ebenso wenig bestand in Offenbach ein Hauswesen von Angehörigen der Verstorbenen, welches die Letztere mit als das ihrige betrachtet hätte, die Mehrzahl ihrer näheren Verwandten lebte vielmehr in Frankfurt, keiner derselben in Offenbach; die Verstorbene hat ferner ihr gesammtes Vermögen mit sich nach Frankfurt genommen und dasselbe dort theils selbst asservirt, theils durch ihren in den Acten genannten Halbbruder asserviren lassen; endlich hat sie gerade dadurch, daß sie um einen Permissionsschein nachsuchte, bekundet, in die nächste und dauerndste Verbindung zu der Stadt Frankfurt treten zu wollen, welche für sie als ursprünglich Nicht-Frankfurterin den Umständen nach erreichbar war.

Diesen Umständen gegenüber hat die Klägerin nur behauptet, daß der Aufenthalt der Wolff in Frankfurt kein ununterbrochener gewesen sei, und theils aus diesem Grunde, theils wegen der von ihr angenommenen rechtlichen Irrelevanz des vorhin angegebenen thatsächlichen Bestandes eine Fortdauer des ursprünglichen Offenbacher Domicils der Verstorbenen behauptet. Allein bekanntlich bedingt das Vorhandensein eines Domicils keinen ununterbrochenen Aufenthalt an dem in Betracht kommenden Orte

L. 7. Cod. de incolis 10. 39.

und Dasjenige, was oben über die Natur des Aufenthalts der Wolff in Frankfurt aus den Acten angeführt ist, entspricht der gesetzlichen Anforderung, daß es

L. 7. cit.

nur darauf ankomme, wo die betreffende Person larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, so daß hier nicht erst auf Beweis in Betreff des Domicils zu erkennen war.

Da schon aus den im Vorstehenden ausgeführten Gründen die Entscheidung der vorigen Richter zu bestätigen war, so bedurfte es keines Eingehens auf die Frage, ob, wenn auf den Nachlaß der Henriette Wolff die Hessen-Darmstädtischen Gesetze im Allgemeinen anwendbar gewesen sein sollten, dann anzunehmen sein würde, daß insbesondere die Verordnungen über die Collateralsteuer jenen Nachlaß betroffen hätten, worüber bei der Fassung jener Verordnungen und bei dem Umstande, daß sämmtliche betreffende Nachlaßgegenstände im Auslande sich befinden, Zweifel erhoben werden könnte.

Auszug aus den Seite 113 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

Meyer ca. **Ziegler** 1829.

Es entscheidet hier lediglich das österreichische Recht darüber, ob die Erbschaftsentsagung des Beklagten im Januar 1828 annoch zeitig genug geschehen sei? Denn der verstorbene Joh. Baptist Ziegler hatte bei seinem Absterben sein Domicil in Wien, und da die Erbfolge sich nach den Gesetzen des Domicils des Erblassers richtet,

Martin, Rechtsgutachten der Heidelberger Juristenfacultät Nr. 2.

so muß auch die Antretung oder Entsagung der Erbschaft nach solchen Gesetzen beurtheilt werden.

Schweppe, Handbuch des Röm. Privat-Rechts, Theil 1. § 20 inf.

Daß Joh. Baptist Ziegler bei seinem Absterben im December 1822 zu Wien domicilirt war, ergibt sich aber

1) daraus — — — — — — — — — —

Freilich ergibt sich eben hieraus, daß der Erblasser sein Bürgerrecht in Frankfurt nicht aufgegeben hat, als er nach Wien zog, allein wenn auch daraus hervorgeht, daß derselbe gewisse Rechte aus seinen früheren Verhältnissen behielt und daß er seiner staatsbürgerlichen Verbindlichkeiten gegen die Stadt Frankfurt nicht eigentlich entschlagen wurde, so hinderte ihn doch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Fortdauer des Frankfurter Bürgerrechts nicht, sein Domicil unter einer andern Regierung zu nehmen; und in solchem Falle sind die Ansprüche an seinen in dem Domicil befindlichen Nachlaß, sowie der Erwerb der Erbschaft nach den dort geltenden Rechten, nicht nach den Gesetzen des Orts, wo der Verstorbene früher ein Bürgerrecht erlangte, zu beurtheilen.

118.

M. Borgnis, H. Goll-Platzmann und Dr. jur. **J. A. Ohlenschlager,** Imploranten wider das **Bauamt** dahier, Imploraten, Bauverbot betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 25. August 1856.

Da nunmehr, nachdem einer der Antragsteller sich zur persönlichen Ablegung des gesetzlichen Handgelöbnisses erboten hat, das Bedenken der Gerichtscommission gegen die beigebrachte Abwesenheits-Bescheinigung zwar hinweggefallen ist,

2) die Antragsteller ihre Rechtszuständigkeiten aber lediglich aus Vertrag Anlage 1 zu dem bei der Gerichtscommission eingereichten Bauverbotsgesuche ableiten, aus diesem Vertrag aber eine andere Berechtigung als diejenige, daß den Antragstellern die Aussicht nicht verbaut werde, nicht zu entnehmen ist,

3) Antragsteller, welche selbst erklärt haben, nicht zu wissen, welche Bauten und baulichen Anlagen an der Maininsel ausgeführt werden sollen, nicht zu behaupten vermögen, daß durch die fraglichen Bauten ihnen die Aussicht entzogen werde, so

steht den Anträgen nicht zu entsprechen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 17. October 1856.

Auf Appellation der Imploranten.

Die von den Imploranten gegen das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 25. August 1856 eingebrachte Appellation ist, soweit solche das Bauverbot betrifft, völlig unbegründet, indem nicht vorliegt, daß durch die fragliche Bauausführung irgend ein Privatrecht derselben verletzt werde.

Zwar sichert der Vertrag [3] unter IX. 1. den Käufern das Recht zu, daß die Maininsel über ein gewisses Maaß hinaus nicht bebaut und bepflanzt werde, allein die Impetranten vermögen nicht zu behaupten, daß jenes Recht durch den Bau irgendwie bedroht sei.

Ein weiteres Recht concedirt aber der angezogene Vertrag den Käufern nicht; er ertheilt namentlich kein Recht

a) daß die Insel völlig unbebaut bleibe (obgleich es hierauf zur Zeit weniger ankommt, da, wie bereits bemerkt, die Imploranten nicht behaupten, daß die Aufführung von Bauten beabsichtigt werde, ein Recht derselben aber, Einsicht der Baupläne zu verlangen, nicht besteht, da Gesetz und Praxis die Bestimmungen in Kap. 1. § 3 des Bau-Statuts nur auf Wandnachbarn anwenden lassen);

b) daß die Insel als solche erhalten werde. Hätte der Eigenthümer der Insel und des sogenannten kleinen Mains auf das ihm unzweifelhaft zustehende Recht, letzteren nach Bedürfniß zu cassiren und erstere mit dem Ufer zu verbinden, zu Gunsten der Käufer des Vertrags [3] verzichten wollen, so hätte dieser exorbitante Verzicht mit ganz bestimmten unzweifelhaften Worten in den Vertrag aufgenommen werden müssen. In solcher Weise findet sich derselbe in dem Vertrage nirgends; er läßt sich aber auch aus der Bestimmung a. E. des siebenten Artikels nicht herausinterpretiren, da dieser Artikel die Entscheidung der Frage, ob und in welcher Weise Ufer und Insel zu verbinden seien, lediglich dem Ermessen der Behörden überläßt und überhaupt keinen andern Zweck hat, als auszusprechen, daß die Käufer neben den anderen ihnen auferlegten Prästationen nicht auch noch die Kosten einer Brücke, falls dieselbe beschlossen werden sollte, zu übernehmen hätten.

Mit der Zurückweisung des nachgesuchten Verbots ist übrigens die Verhandlung über die gleichzeitig erhobene Klage nicht ausgeschlossen und wird das Stadtgericht der Verhandlung sich nicht entziehen können.

Diesemnach wird die von den Imploranten gegen das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 25. August 1856 eingebrachte Appellation im Uebrigen zwar verworfen, dem Stadtgericht jedoch aufgetragen, die ordnungsmäßige Ver-

handlung der erhobenen Klage einzuleiten und sind hiermit, unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz, die Voracten zurückzusenden.

Auf weitere Appellation der Imploranten wurde vorstehendes Erkenntniß durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 14. April 1857 lediglich bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

I. Das in gegenwärtiger Instanz angebrachte Editionsgesuch mußte — abgesehen von der Frage, ob dasselbe nicht als verspätet zu betrachten sei — jedenfalls deßhalb verworfen werden, weil die Risse, deren Vorlage beantragt ist, für die dermalen zu entscheidende Frage offenbar ganz unerheblich sind. Diese Risse waren, wie sich aus dem Vertrage vom 1. April 1818 ergibt, nur dazu bestimmt, die verkauften Localitäten und die auf und an derselben von dem sogenannten Schneidwall-Consortium herzustellenden Anlagen näher zu beschreiben. Materielle Vertragsbestimmungen sind darin überall nicht zu suchen, und es läßt sich gar nicht absehen, wie, wenn die von den Imploranten in Anspruch genommenen Berechtigungen aus dem Vertrage nicht zu entnehmen, dieselben aus jenen Rissen sich sollten ergeben können.

II. In der Sache selbst haben Imploranten für das von ihnen beantragte Bauverbot, über welches allein dermalen zu erkennen ist, vorzugsweise

A. auf die in Folge des erwähnten Vertrages vom 1. April 1818 ihnen als Häuserbesitzern am Untermain-Quai zustehenden Berechtigungen sich berufen. Es ist also

1) der Umfang dieser Berechtigungen zu bestimmen und

2) zu untersuchen, ob und inwieweit dieselben durch die imploratischerseits in Angriff genommenen Arbeiten verletzt oder doch bedroht werden.

Zu 1) sind Imploranten weder selbst Contrahenten, noch behaupten sie, Universalrechtsnachfolger der Contrahenten geworden zu sein. Sie können daher nur die dinglichen Rechte geltend machen, welche mit-

telst des fraglichen Vertrages zum Besten der am Untermain=Quai zu erbauenden Häuser constituirt worden sind. Nun ist es

a) unzweifelhaft und unbestritten, daß diesen Häusern durch pos. 1 der schließlichen Festsetzungen jenes Vertrags eine Aussichts=gerechtsame eingeräumt worden ist, in Beziehung auf welche das Terrain der Insel (und ohne Zweifel auch die zwischen dieser und jenen Häusern liegende Räumlichkeit) als praedium serviens sich darstellt. Ueber Inhalt und Umfang der fraglichen Servitut findet sich a. a. O. die Andeutung, daß, mit Ausnahme eines 15 Fuß hohen Wachthauses, weder Gebäulichkeiten, noch selbst hohe Bäume gesetzt und überhaupt den neuen Häusern die Aussicht „nicht benommen“ werden soll. Die praktische Bedeutung der Gerechtsame ist demnach die, daß der Blick über das fragliche Terrain hinaus frei und unbehindert gelassen werden muß. Daß er auch auf dasselbe ein angenehmer oder gar der gleiche bleiben müsse, wie zur Zeit der Erbauung der Häuser, ist dagegen nicht angedeutet, und kann daher dieß als Inhalt der hier bestellten Servitut nicht angesehen werden. Es folgt hieraus, daß zwar eine jede Bebauung oder Erhöhung des Insel=Terrains über 15 Fuß ohne Weiteres eine Verletzung der Gerechtsame der fraglichen Häuser enthalten würde, eine sonstige Veränderung aber nur dann in Betracht kommt, wenn und soweit sie als ein Hinderniß für die freie Aussicht in concreto sich darstellt.

b) Abgesehen von der eben besprochenen Aussichtsgerechtsame sind durch den fraglichen Vertrag für die am Untermain=Quai zu erbauenden Häuser keine privatrechtlichen Befugnisse begründet, die vorliegend in Betracht kämen. Insbesondere steht denselben weder darauf ein Recht zu, daß die Insel völlig unbebaut liegen bleibe, noch darauf, daß sie als Insel und in ihrem dermaligen Bestande erhalten, der s. g. kleine Main nicht zugeschüttet und eine Verbindung zwischen dem Quai und der Insel nicht anders als mittelst einer vom Weinmarkt aus zu erbauenden Brücke hergestellt werde. Eine unbefangene Betrachtung des ganzen Vertrages läßt es als unzweifelhaft erscheinen, daß eine solche, von den vorigen Richtern mit Recht als exorbitant bezeichnete, Berechtigung nicht constituirt worden ist. Nachdem unter I bis IV die dem Consortium zu über=

lassenden Objecte bezeichnet sind, werden unter „Erstens" bis „Neuntens" die dagegen von Diesem zu erfüllenden Verbindlichkeiten, wohin insbesondere auch die gehört, auf und an dem acquirirten, resp. der Stadt verbleibenden Terrain gewisse Anlagen herzustellen, aufgeführt, und endlich unter 1 bis 5 einige besondere Bestimmungen hinzugefügt. Es ist klar, daß man, dieser ganzen Disposition nach, die Rechte, welche dem Consortium eingeräumt werden, nur entweder im Anfange unter I bis IV, oder am Schlusse unter 1 bis 5 zu suchen hat, und in der That deutet auch kein Wort in den Bestimmungen unter „Erstens" bis „Neuntens" darauf hin, daß die hier vom Consortium übernommenen Verbindlichkeiten mit dem wichtigen Rechte verknüpft sein sollen, die herzustellende Anlage in dem ihr zu gebenden Bestande auf ewige Zeiten erhalten zu sehen. Gegen eine solche Absicht spricht insbesondere auch noch: sowohl, daß die Aussichtsgerechtsame in einer der Schlußbestimmungen des Vertrags eine besondere Festsetzung erhalten hat, als auch, daß unter „Sechstens" die Befugniß der Stadt auf ihren Grund und Boden, nach Herstellung der vorgeschriebenen Anlagen durch das Consortium, bauliche Veränderungen vorzunehmen, nicht etwa besonders vorbehalten, sondern als etwas sich ganz von selbst verstehendes behandelt ist. Die von den Imploranten für ihre Auslegung des Vertrages geltend gemachten Gründe sind ganz unhaltbar.

Wenn dieselben

α) auf die Bestimmung unter 1 am Schlusse des Vertrages sich berufen, so ist dem schon durch die Ausführung unter a über die wahre Bedeutung und den Umfang der hier constituirten Aussichtsgerechtsame begegnet.

β) Unter „Siebentens" des Vertrags ist nur festgesetzt, daß die Verbindlichkeit des Consortiums sich nicht auf Herstellung einer neuen Brücke zur Maininsel erstrecke, eine solche Brücke vielmehr, wenn überhaupt, dann auf Kosten des Aerars zu erbauen sei. Ein Verzicht der Stadt auf Herstellung einer andern Verbindung zwischen Quai und Insel als mittelst der fraglichen vom Weinmarkt auszuführenden Brücke ist mit keinem Wort angedeutet und die Erwähnung des Weinmarkts als Ausgangspunkt dadurch zu erklären, daß damals überhaupt nur eine hier zu erbauende Brücke in Frage stand.

γ) Imploranten haben sich endlich noch auf die bei Errichtung des fraglichen Vertrags obwaltenden Absichten der Contrahenten bezogen, jedoch keinerlei specielle Angaben zu machen vermocht, woraus sich schließen ließe, daß die Erhaltung der neuen Anlage in dem ihr durch das Consortium zu gebenden Bestande vertragsmäßig habe festgesetzt werden sollen.

Es kommt hiernach

zu 2) nur darauf an, ob die in pos. 1 am Schlusse des Vertrages constituirte Aussichtsgerechtsame durch Ausführung der dermaligen projectirten Eisenbahn- und Hafenanlage beeinträchtigt werde.

a) In erster Instanz ist eine hierhin gehende Darlegung von den Imploranten gar nicht versucht worden. Was dort über den in Ausführung begriffenen Plan angegeben worden, nämlich Errichtung eines Dammes im Mainflusse, Führung der Eisenbahn über den Damm und die Insel, Zuschüttung des s. g. kleinen Mains und Verbindung der Insel mit dem Quai kann als Verletzung jener Aussichtsgerechtsame in keiner Weise angesehen werden. Anlangend aber das an sich möglicherweise relevante Bebauen der Insel, so haben Imploranten selbst erklärt: „Welche bauliche Anlagen auf und an der Insel ausgeführt werden sollten, wüßten sie nicht, und könnten sie in dieser Hinsicht nur im Allgemeinen sich verwahren und gegen bauliche Anlagen, die eine solche Verletzung involviren, protestiren." Sie glauben freilich, der Mangel bestimmter Angaben in der fraglichen Beziehung könne ihnen deßhalb nicht entgegenstehen, weil das Bauamt, der Vorschrift in Kap. I. § 3 des Baustatuts zuwider, sich geweigert habe, ihnen die Risse und Pläne der projectirten Anlage vorzulegen, und sie so durch ein rechtswidriges Verhalten des imploratischen Theils in die Lage versetzt worden seien, jene Angaben nicht machen zu können. Es genügt jedoch dieser Umstand nicht, um den ohnedieß unbegründeten Antrag auf Erlaß eines sofortigen Bauverbots zu einem begründeten zu machen. Dabei kann von der Frage abgesehen werden, ob nicht die Vorschrift im Kap. I. § 3, resp. Kap. III. § 1 des Baustatuts einen bloß administrativen Charakter habe. Sollte nämlich auch angenommen werden können, es sei dadurch demjenigen, welcher bauen will, zur

privatrechtlichen Pflicht gemacht, mit seinem Bau nicht eher zu beginnen, als er den Nachbarn von dem Bauplane Kenntniß gegeben, beziehungsweise die Risse vorgelegt und sie so in den Stand gesetzt hat, zu beurtheilen, ob durch den projectirten Bau ihre Rechte werden verletzt werden, so bezieht sich jene Vorschrift doch — wie das ganze Baustatut — jedenfalls nur auf zu errichtende Häuser und Gebäude, resp. die an solchen vorzunehmenden Aenderungen, nicht aber auf sonstige Anlagen. Es würde daraus also immer nur das gefolgert werden können, daß unter Umständen auf Vorlage der Risse und Pläne geklagt werden könnte (was vorliegend nicht geschehen ist), resp. daß, wenn vor deren Vorlage mit dem Bau wirklich begonnen würde, dann gegen die Fortsetzung ein gerichtliches Bauverbot ausgewirkt werden könnte. Allein es ist nicht abzusehen, wie es möglich sein sollte, ein Verbot gegen Bauten auszuwirken, von denen Imploranten selbst sagen, sie wüßten nicht, wo und in welcher Art sie beabsichtigt seien.

b) In den höheren Instanzen haben Imploranten allerdings factische Angaben gemacht, die auf eine bereits unternommene oder doch beabsichtigte Verletzung ihrer Aussichtsgerechtsame hinweisen. So insbesondere schon in voriger Instanz: daß auf der Insel Bauholz und Quadersteine aufgehäuft würden (in O. A. G. Act. I werden namentlich auch auf der Mühlenschanze aufgerichtete, über 15 Fuß hohe Dielen-Auffätze erwähnt), sowie daß ein Balkenwerk und Brücke, über 15 Fuß hoch, vom Quai zur Insel hergestellt sei; in gegenwärtiger Instanz aber: daß nach dem adoptirten Project auf der Südseite der Insel, gegenüber dem ehemaligen Schneidwall und bis über die neue Mainzerstraße hinauslaufend, vier Krahnen und fünf neue Waarenschuppen errichtet werden sollten, nachdem dieser Theil der Insel vorher ebenso hoch als der bestehende Quai, nämlich 12½ Fuß über den Nullpunkt des Pegels, werde aufgetragen worden sein. — Diese Behauptungen verdienen jedoch schon deßhalb keine Berücksichtigung, weil sie als neu entstandene oder neu aufgefundene Thatumstände gar nicht geltend gemacht sind. Was Imploranten von der auf der Insel vorzunehmenden Terrain-Veränderung und den daselbst zu errichtenden Schuppen und Krahnen sagen, haben sie — ihrer eigenen Angabe nach — aus den gedruckten Actenstücken

über den projectirten Eisenbahn- und Hafen-Bau entnommen, und diese Actenstücke waren ihnen schon vor Anbringung der Imploration bekannt.

Von den übrigen vorhin erwähnten Vorrichtungen ist wenigstens nicht gesagt, daß sie erst nach dem Stadtgerichtserkenntnisse vom vom 25. August vorigen Jahres in's Werk gesetzt seien. — Es sind aber auch jene facta materiell nicht geeignet, um auf deren Grund ein Bauverbot erlassen zu können.

α) Anlangend die Terrain-Erhöhung auf der Südseite der Insel, so kann man es zwar als feststehend ansehen, daß eine solche beabsichtigt werde, da sie in dem vom Ingenieur Eckhard aufgestellten, vom Senat und der gesetzgebenden Versammlung adoptirten Projecte vorgesehen ist.

Allein daß diese Erhöhung in einem die Aussicht der Häuser am Untermain-Quai beeinträchtigenden Maaße stattfinden werde, ist weder behauptet, noch aus dem Projekte zu entnehmen. Der „bestehende Quai," bis zu dessen Höhe die neue Quai-Mauer geführt werden soll, ist — wie sich aus der zuerst citirten Actenstelle klar ergiebt — nicht der Untermain-Quai, und die Versicherung des imploratischen Bauamtes, daß das neue Ufer um wenigstens 11 bis 12 Fuß tiefer als dieser letztere zu liegen kommen werde, ist geeignet, jeden in dieser Beziehung etwa noch bestehenden Zweifel zu beseitigen.

β) Die Errichtung von vier Waarenschuppen und vier Krahnen auf der Südseite der dermaligen Insel ist allerdings in dem Berichte des Rechnei- und Renten-Amtes vom 26. März vorigen Jahrs in Vorschlag gebracht, welchen Bericht wiederum der Große Rath in seinem Vortrage vom 8. April an die Gesetzgebende Versammlung seinem ganzen Inhalte nach sich angeeignet hat. Allein der Senats-Antrag war auf diese Specialitäten nicht mitgerichtet; man kennt den weitern Verlauf der Verhandlungen nicht und hat so an sich schon keine genügende Grundlage für die Voraussetzung, daß jene Bauten auch jetzt noch projectirt werden, und vollends, daß sie in einer die Rechte der Imploranten verletzenden Weise, d. h. ohne vorgängige Expropriation der fraglichen Aussichtsgerechtsame, ausgeführt werden sollen. Der Senat hat in seinem Beschlusse

vom 16. October vorigen Jahres die Zusicherung gegeben, daß dieß nicht geschehen werde, und hierdurch war die Aussicht auf eine dem Imploranten in dieser Richtung drohende Rechtsverletzung jedenfalls bereits beseitigt, als sie zuerst, mittelst des Oberappellationslibells, die fraglichen Bauten bei Gericht zur Sprache gebracht haben. Es bedarf deßhalb nicht einmal einer Hinweisung auf die Erklärung des imploratischen Theils, wodurch der hier in Rede stehende Punkt jedenfalls seine Erledigung finden würde.

γ) Die Anhäufung von Baumaterial auf der Insel und die Herstellung eines die letztere mit dem Untermain-Quai verbindenden Balkenwerks sind nur interimistische Maaßregeln, und dergleichen, wenn auch zeitweise die Servitut beeinträchtigende Vorkehrungen von bloß vorübergehendem Charakter zum Zwecke der Ausführung einer an sich statthaften Anlage muß der Servitutberechtigte, der seine Befugnisse civiliter auszuüben hat, sich gefallen lassen.

B. Imploranten haben sich wiederholt auf den Besitzstand, einmal sogar auf ihren durch Verjährung erworbenen Besitz berufen.

Die Quasipossessio eines Verbietungsrechtes, gegenüber den Anlagen, die die Stadt auf ihrem eignen Grund und Boden vorzunehmen beabsichtigt, ist jedoch durch den Vertrag vom 1. April 1818 jedenfalls nicht weiter, als in demselben ein derartiges Recht eingeräumt ist, und abgesehen von diesem Vertrage, gar nicht begründet. Denn zum Besitze sogenannter negativer Servituten genügt es nicht, daß der Herr des angeblich dienenden Grundstücks die fragliche Handlung seither unterlassen, sondern er muß an deren versuchter Vornahme mit Erfolg verhindert worden sein.

C. Imploranten haben schon in erster Instanz angedeutet und in zweiter bestimmter darauf hingewiesen, daß der sogenannte kleine Main ein öffentlicher Fluß sei, woran keine insbesondere die Anwohner benachtheiligende Aenderungen vorgenommen werden dürften, und dadurch die Intention zu erkennen gegeben, ihre Imploration auch unter dem Gesichtspunkte des interdictum ne quid in flumine publico fiat aufrecht zu erhalten. — Nun würde allerdings das Zuschütten des sogenannten kleinen Mains, wenn dadurch die Nachtheile, welche die Imploranten behaupten, entstünden, an sich für jenes

Interdict relevant erscheinen. Allein einestheils vermögen Imploranten auch hier zur Zeit nur mit allgemeinen Vermuthungen hervorzutreten. Anderntheils und hauptsächlich ist das genannte Interdict, ganz ebenso, wie das interdictum ne quid in loco publico fiat, dann für ausgeschlossen zu erachten, wenn die höchste Staatsgewalt unter Berücksichtigung derjenigen Interessen, zu deren Schutz an und für sich jenes Interdict würde gebraucht werden können, die betreffende Anlage genehmigt hat. Ein solcher Fall aber liegt gegenwärtig vor. Imploranten bestreiten dieß

1) weil die Ständige Bürger-Repräsentation der projectirten Anlage ihre Zustimmung nicht ertheilt habe. Allein abgesehen davon, ob nicht hier, wo es sich um einen Gesetzgebungsact nicht handelt, schon die Genehmigung der Anlage durch den Senat genügt haben würde, um das Interdict auszuschließen, so bedarf es jedenfalls neben der bereits erfolgten Zustimmung der Gesetzgebenden Versammlung nicht auch noch derjenigen der Ständigen Bürgerrepräsentation

Const. Erg. Act. Art. 15. Art. 17. pos. 4;

2) weil die Interessen der Häuserbesitzer am Untermain-Quai nicht in Berücksichtigung gezogen seien.

Allein es ist

a) die projectirte Anlage schon an sich der Art, daß die erhebliche Aenderung, welche dadurch in der Lage und den Verhältnissen der am Untermain-Quai liegenden Häuser herbeigeführt wird, klar auf der Hand liegt und den Factoren der höchsten Staatsgewalt bei In-Betracht-Ziehung des fraglichen Projects gar nicht entgegen sein kann. Wollten sie gleichwohl die Anlage, so wollten sie damit ohne Weiteres auch jene Aenderung, ungeachtet der dadurch etwa den gedachten Häusern entgehenden Vorzüge und Annehmlichkeiten.

b) In dem Berichte der engeren Deputation der Ständigen Bürger-Repräsentation vom 16. Februar 1856 ist auf die „auf der Insel haftende Servitut“ — und damit, wie Imploranten selbst hervorheben, auf die Rechte und Interessen der Hauseigenthümer am Untermain-Quai ausdrücklich aufmerksam gemacht worden, und man kann nicht unterstellen, daß dieser Punkt von da an übersehen, muß vielmehr annehmen, daß er zwar erwogen, jedoch nicht geeignet

befunden worden sei, ein erhebliches Bedenken gegen die projectirte Anlage zu begründen.

c) Endlich hat der Senat unter specieller In-Betracht-Ziehung aller von den Imploranten erhobenen Bedenken, durch Beschluß vom 16. October 1856, deren gegen die Ausführung der projectirten Anlage eingelegte Remonstration zurückgewiesen, und ist dadurch ein in der fraglichen Beziehung etwa anzunehmender Mangel der ursprünglichen Beschlüsse jedenfalls geheilt worden.

Konnte diesem Allen nach keins der in Bezug genommenen Fundamente für das beantragte Bauverbot ausreichend befunden werden, so mußte — wie geschehen — auf Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses, unter Verurtheilung der Imploranten in die Kosten gegenwärtiger Instanz erkannt werden.

119.

Meyer Ullmann'scher Debitmasse=Curator und Contradictor, Kläger gegen **Jos. J. Oppenheim**, Beklagten, wegen Reclamation von Waaren.

Erkenntniß des Stadtgerichts

vom 7. Juli 1856.

In Erwägung

1) — — — — — — — — — — —

3) daß der 7te Klageposten zwar in dem beklagtischen Verzeichnisse fehlt, daß jedoch von dem Beklagten keinerlei Auskunft darüber ertheilt worden ist, welche andere Bewandtniß, als Kläger angegeben, es damit habe, daher dieser Posten als eingeräumt betrachtet werden muß,

— — — — — — — — — — — — —

5) daß Beklagter die Herausgabe der fraglichen Waaren weigert, indem er angibt: Commissionär des Ullmann, jedenfalls von demselben mit Wechseln und sonst chargirt, daher zufolge des Art. 54 der Wechsel= und Mercantil=Ordnung von 1739, befugt gewesen zu sein, die fraglichen Waaren zu seiner Befriedigung zu retiniren.

6) Daß jedoch der Beklagte, wenn ihm auf ein Guthaben an Meyer Ullmann zugestanden, weder den Verkauf der Ullmann'schen Waaren besorgt, noch diese in seinem Besitz gehabt hat, indem vielmehr feststeht, daß Ullmann das Verkaufsgeschäft dahier persönlich und unter Mitwirkung zweier Commis betrieben hat und daß seine Waaren in einem, wenn auch nach Angabe des Beklagten von diesem gemietheten, doch für ihn gemietheten Local und unter seinem Verschlusse lagerten, — daher sich Beklagter, welcher in Abwesenheit des Ullmann die fraglichen Waaren aus dem Ullmann'schen Geschäftslocale weggebracht hat, allerdings nicht in rechtmäßigem Besitze derselben befindet.

7) Daß diese eigenmächtige Aneignung der Ullmann'schen Waaren auch darin keine Rechtfertigung findet, daß Beklagter mit Ullmann die Vereinbarung getroffen haben will, derselbe müsse stets ein zur Deckung des Beklagten hinreichendes Waarenlager in dem fraglichen Locale halten, indem dieses Uebereinkommen wohl für den Fall gerichtlicher Schritte gegen den fremden Schuldner Arrestobject zur Begründung des Gerichtsstandes und zur Sicherung des Streitgegenstandes hätte gewähren können, dagegen aber noch keine Faustpfandberechtigung des Beklagten an den fraglichen Ullmann'schen Waaren begründet haben würde.

8) Daß endlich die Angabe, der Ullmann'sche Commis Aviolat habe im Gefühle des schweren Unrechts, welches Ullmann gegen den Beklagten zu verüben im Begriffe gewesen, dem Beklagten die Schlüssel zu dem Ullmann'schen Geschäftslocal freiwillig und aus sich behändigt, ohne alle Erheblichkeit sein würde, — da, von Anderem abgesehen, — Aviolat hierin ohne Ermächtigung von Seite seines Principals, vielmehr der eigenen beklagtischen Darstellung zufolge, gegen die Intention seines Principals gehandelt haben würde:

1) Beklagter ist schuldig, an die Meyer=Ullmann'sche Debitmassecuratel binnen vierzehn Tagen herauszugeben: — — eventuell ihr den Werth dieser Gegenstände, welcher vorbehaltlich des klägerischen Beweises des behaupteten Mehrbetrags mit fl. 2235 für liquid erkannt wird, sammt 5 pCt. Verzugszinsen vom 16. Januar 1856 an zu vergüten.

— — — — — — — — — — — — —

Vorstehendes Erkenntniß wurde durch Urtheil des Ober=Appellationsgerichts vom 3. October 1856 auf Appellation des Beklagten und Adhäsion des Klägers unter Vergleichung der Kosten bestätigt.

Urtheil des Ober=Appellationsgerichts

vom 25. April 1857.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst die Erkenntnisse des Appella=

tionsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 3. October und des Stadtgerichts vom 7. Juli vorigen Jahres, wie hiermit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, aber dahin abzuändern seien, daß

1) Beklagter von den unter 1) des Stadtgerichts-Erkenntnisses aufgeführten Gegenständen die eilf Stücke Cassinet herauszugeben zur Zeit nicht schuldig, vielmehr Kläger dem Beklagten, Gegenbeweis vorbehaltlich, binnen einer vom Stadtgericht vorzuberaumenden Frist auch noch zu beweisen habe:

daß unter den vom Beklagten aus dem Meyer-Ullmann'schen Waarenlager an sich genommenen Gegenständen sich auch eilf Stück Cassinet befunden haben;

daß ferner

2) der vom Beklagten eventualiter zu erstattende Werth der in Besitz genommenen Gegenstände zur Zeit nur mit zweitausend und sechzig Gulden für liquid zu erkennen sei, und Kläger, für den Fall der Führung des obigen Beweises, dem Beklagten Gegenbeweis vorbehaltlich, binnen einer vom Stadtgerichte vorzuberaumenden Frist, ferner darzuthun habe:

daß die gedachten eilf Stück Cassinet einen Werth von einhundert fünf und siebenzig Gulden, oder wieviel weniger, gehabt haben.

Die Kosten dieser Instanz sind zur einen Hälfte zu compensiren, zur andern aber dem Kläger vom Beklagten zu erstatten; und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Die zweite Beschwerde des Beklagten, welche gegen seine Verurtheilung zur Herausgabe der fraglichen Waaren, eventualiter zum Ersatze des Werths derselben, gerichtet und für die erste Beschwerde präjudiciell ist, mußte als unbegründet verworfen werden.

Um dieß zu rechtfertigen, bedarf es keiner Erörterung über die, übrigens völlig unzutreffenden Gründe, weßhalb der Beklagte vermeint, bei Ansichnahme dieser Waaren einer unerlaubten Selbsthülfe sich nicht schuldig gemacht zu haben, sondern es fragt sich nur, ob ihm ein Retentionsrecht an dieser Waare zusteht, welches ihn befugt, dieselbe nur gegen vollständige Befriedigung wegen der an M. Ullmann habenden Forderung an dessen Debitmasse auszuliefern.

Für ein solches Recht beruft sich der Beklagte

A. darauf, daß er Commissionär des Ullmann gewesen und folglich der § 54 der Wechsel= und Mercantil=Ordnung von 1739 ihm zur Seite stehe.

Allein der § 54 cit. setzt zunächst voraus, daß man sich im rechtmäßigen Besitze zum Verkauf in Commission übersandter oder sonst übergebener Waaren befinde. Nun ergibt sich aber aus dem eigenen Zugeständnisse des Beklagten, daß es in vorliegendem Falle an diesem nothwendigen Erforderniß gänzlich fehle. Denn

1) nach dem eigenen Anführen des Beklagten hat Ullmann ihm keine Waare in Verkaufscommission übergeben, sondern es bestand das Verhältniß zwischen Beiden nur darin, daß Beklagter es dem Ullmann gestattete, unter seiner, des Beklagten, Firma sein Geschäft in Frankfurt zu betreiben, was ihm als Permissionisten außer den Meßzeiten in Frankfurt nicht zustand, indem der Beklagte ausdrücklich zugibt, daß Ullmann mit seinem Commis die Verkäufe seiner Waare selbst persönlich besorgt habe.

Es hat denn auch

2) der Beklagte, ehe er die Waare nach Ullmann's Entfernung eigenmächtig an sich nahm, gar nicht den Besitz derselben gehabt. Zwar beruft er sich darauf, das Ullmann'sche Waarenlager habe sich in einem von ihm, dem Beklagten, gemietheten Locale befunden. Allein da er zugibt, daß er das Local nur auf seinen Namen, aber für Ullmann gemiethet habe, so ist es klar, daß er dadurch nicht den Besitz an den Waaren erlangte, welche Ullmann in dem Locale hatte. Vielmehr bedurfte es dazu eines besonderen Actes der Besitzübertragung, welchen der Beklagte aber nirgends zu behaupten vermocht hat. Sein Besitz der Schlüssel zu diesem Locale, von dem er redet, würde, wenn wirklich anzunehmen, nur insofern

von Bedeutung sein, als er ihm die Möglichkeit verschafft hätte, den ihm übertragenen Besitz sich zu erhalten. Indessen hat der Beklagte selbst zugeben müssen, was, da Ullmann mit seinem Commis selbst den Verkauf seiner Waaren besorgte, ohnehin anzunehmen ist, daß Ullmann, so lange er in Frankfurt anwesend, immer die Schlüssel in Händen gehabt habe; und wenn er in dieser Instanz mit der ganz neuen Behauptung hervortritt, daß dieser Besitz der Schlüssel, abseiten des Ullmann, ein nur bittweise eingeräumter gewesen sei, so ist das schon formell nicht zu berücksichtigen, auch überdieß nach dem Obigen irrelevant.

Unter diesen Umständen bedarf es keiner Untersuchung, ob die Forderung des Beklagten an Ullmann, wenigstens in ihrem ganzen Umfange, von der Art war, um ihm, wenn er sich in einem zur Ausübung des Retentionsrechtes geeigneten Besitze des Ullmannschen Waarenlagers befunden hätte, dieses Recht nach dem § 54 der Wechsel-Ordnung zu geben.

Der Beklagte beruft sich für dieses Retentionsrecht

B. darauf, daß ihm an dem ganzen Ullmann'schen Waarenlager ein Faustpfandrecht bestellt worden sei. Allein dieser Einwand ist

1) schon als verspätet gar nicht zu berücksichtigen, indem er erst in der Duplik, und selbst hier nur ganz beiläufig, zur Erklärung einer vor der Gerichtscommission vor Beginn des gegenwärtigen Prozesses abgegebenen Erklärung vorgebracht ist, auch der Kläger sich nicht darauf eingelassen, vielmehr in dieser Instanz ausdrücklich gegen die Berücksichtigung dieses Vorbringens protestirt hat. Dasselbe ist aber auch

2) materiell gar nicht zu beachten. Denn nach der eigenen Behauptung des Beklagten soll die Uebergabe des Ullmann'schen Waarenlagers zum Faustpfande lediglich darauf beruhen, daß Ullmann sich gegen ihn verpflichtet habe, stets ein zur Deckung der Forderungen des Beklagten hinreichendes Lager in dem von Diesem für ihn gemietheten Locale zu halten. Daß aber hierin nicht die Uebergabe des Waarenlagers zum Faustpfande liegt, hat bereits das Stadtgericht in ausreichender Weise bemerkt.

Dagegen mußte

II. der ersten Beschwerde, daß der Beklagte des siebenten Postens der Klage in contumaciam für geständig angenommen sei, Statt gegeben werden.

Zwar hat

A. der Beklagte in seiner Vernehmlassung selbst nicht ausdrücklich geläugnet, daß er die in der Klage unter Nr. 7 des Verzeichnisses aufgeführten eilf Stück Cassinets an sich genommen habe. Denn zuvörderst läugnet er nur, mehr, als in der Klage namentlich aufgeführt sei, genommen zu haben; sodann, indem er das in der Klage aufgestellte Verzeichniß durchgeht, bestreitet er nur einerseits die Richtigkeit der Quantitäts-Bezeichnungen und andererseits die bei sämmtlichen Posten angesetzten Preise, indem es ausdrücklich heißt:

> es wird bestritten, daß die Posten 1 bis 8 den Gesammtwerth von fl. 4156 haben.

Allein

B. der Beklagte hat mit seiner Vernehmlassung ein Verzeichniß der angeblich nur von ihm sich angeeigneten Ullmann'schen Waaren übergeben, sich darauf bezogen und ausdrücklich gebeten, diese Anlage 3 als einen integrirenden Theil seiner Vernehmlassung zu betrachten, und in diesem Verzeichnisse fehlt der Posten 7 der Klage gänzlich. Wenn es nun gleich im Allgemeinen bedenklich sein möchte, anzunehmen, daß in allen Fällen, wo eine größere Anzahl verschiedener Posten eingeklagt ist, eine bestimmte Erklärung über die einzelnen in der Schrift selbst nicht erforderlich sei, sondern dem Art. 34 der provisorischen Prozeßordnung durch Bezugnahme auf eine von den Angaben in der Klage im Einzelnen abweichende der Vernehmlassung beigefügte Aufstellung eine Genüge geschehe, so kommt doch im vorliegenden Falle zu Gunsten des Beklagten in Betracht:

1) Daß in dem von ihm beigebrachten Verzeichnisse, worin, wie bemerkt, Nr. 7 der Klage nicht vorkommt, der Werth aller übrigen Gegenstände zu fl. 2060 berechnet ist, und daß Beklagter in der Vernehmlassung selbst diesen Werth als den aller angenommenen Gegenstände bezeichnet, sowie

2) daß er in seiner Duplik das Vorbringen in der Vernehmlassung ausdrücklich durch die Erklärung erläutert und vervollstän-

digt hat, nur die in der Anlage 3 verzeichneten Waaren zu besitzen. Ist aber der Beklagte der Aneignung auch der eilf Stück Cassinets nicht für geständig anzunehmen, so läßt sich auch der § 37 J. R. A. nicht, wie von den vorigen Richtern geschehen, gegen ihn geltend machen, da in diesem Falle eine positive Erklärung, wie es sich mit diesem Posten, namentlich auch in Ansehung des Werths anders, als in der Klage angegeben worden, verhalte, nicht wohl von ihm abgegeben werden konnte. Sonach mußte auf Grund dieser Beschwerde so, wie im Urtheile geschehen, abändernd erkannt werden.

Indessen konnte diese Abänderung im Hinblicke sowohl auf das Werthverhältniß beider Beschwerden, als auch auf die denselben gewidmeten Ausführungen der Partheien, nicht zu einer Vergleichung aller, sondern nur der halben der Kosten dieser Instanz führen, während in die andere Hälfte derselben der Beklagte zu verurtheilen war.

120.

Anna Elisabetha Fischer, geb. Klotz, Klägerin wider **Friedrich Boller** aus Hattenheim, Beklagter, Eheverlöbniß, jetzt Restitution wegen Versäumniß eines Schwörtermins betreffend.

Urtheil des Stadtgerichts I.

vom 17. August 1855.

Da der Anwalt des Beklagten nach seiner Erklärung demselben den Inhalt des Erkenntnisses vom 11. Juni 1855 mitgetheilt, daher Beklagter hat wissen müssen, daß er in der vorberaumten Tagfahrt den judicatmäßigen Eid zu leisten oder den angedrohten Rechtsnachtheil zu erleiden haben würde, und sonach dasjenige, was in überdieß unbescheinigter Weise zu seiner vermeintlichen Entschuldigung vorgebracht worden ist, keine Rücksicht finden kann,

so steht dem Gesuch um Restitution nicht zu willfahren und wird es bei dem Decret vom 6. Juli 1855 lediglich belassen.

Auf Appellation des Beklagten erging bestätigendes Erkenntniß des Ober=Appellationsgerichts vom 5. December 1855.

Auf weitere Appellation des Beklagten aber wurde durch

Erkenntniß des Ober=Appellationsgerichts

vom 29. April 1857,

unter Compensation der Kosten zweiter und dritter Instanz, dahin reformirt:

1) der Beklagte zu dem von ihm angebotenen Eide:

daß sein früherer Anwalt Dr. — ihm den auf den 4. Juli 1855 anberaumten Schwörtermin nicht mitgetheilt, vielmehr nach theilweisem Vorlesen des stadt=

gerichtlichen Urtheils vom 11. Juni 1855 gesagt habe,
er werde das Weitere mitgetheilt bekommen,

zuzulassen sei; es wollte und könnte denn die Klägerin binnen einer vom Stadtgerichte vorzuberaumenden Frist vorbehaltlich des Gegenbeweises für den Beklagten, darthun:

daß der Beklagte von dem auf den 4. Juli 1855 angesetzten Schwörungstermin anderweit Kenntniß erhalten habe,

und demnächst über die gebetene Restitution weiter zu erkennen sei, was Rechtens; — —

Entscheidungsgründe.

Der Beklagte hat sich

1) principaliter darüber beschwert, daß es bei dem seine Verurtheilung in Folge versäumten Schwörungstermins aussprechenden Decret des Stadtgerichts vom 6. Juli 1855 belassen und nicht, vielmehr seinem noch vor Insinuation dieses Decrets angebrachten Antrage gemäß, ein neuer Termin zur Eidesleistung anberaumt worden sei.

Diese Beschwerde, welche vom Beklagten schon in voriger Instanz aufgestellt und in der sententia a qua zwar nicht ausdrücklich berührt worden, jedoch als implicite zurückgewiesen anzusehen ist, mußte als unbegründet verworfen werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Grundsatz, daß die Nachholung einer versäumten Prozeßhandlung noch bis zu ergangenem Contumacial-Decret gestattet sei, auch auf Versäumniß einer zu persönlichem Handeln der Parthei bestimmten Tagefahrt angewendet werden könne. Denn jedenfalls war der Beklagte bereits durch die Terminsverhandlung vom 4. Juli 1855 in die Lage versetzt worden, die versäumte Eidesleistung nicht mehr ohne Restitution nachholen zu können. Die Zulassung einer purgatio contumaciae setzt ihrem Grunde nach voraus, daß es sich lediglich um das in dem Zeitablauf liegende formelle Hinderniß handle, daß im Uebrigen die Lage der Sache noch eine völlig unveränderte sei. Eine Nachholung kann daher auch ohne ergangenes Contumacial-Decret nicht mehr gestattet sein, sobald auf Grund der Versäumniß bereits weitere Prozeßschritte geschehen sind, welche erst

wieder rückgängig gemacht werden müßten, oder doch ohne den Ungehorsamsfall nicht hätten vorgenommen werden können. Es folgt dieß schon aus dem allgemeinen Satze, daß ein Ungehorsamer, sobald er thätig werden will, die Sache stets in dem Stand, in welchem sie gerade liegt, aufnehmen muß.

K. G. O. Th. III. Tit. 46. § 1.

und wird durch die Bestimmung des

Deput. Absch. von 1600. § 88.

noch besonders bestätigt, wie denn diese Begrenzung der purgatio contumaciae vom Ober=Appellationsgericht schon früher anerkannt worden ist.

Da nun in dem Termine vom 4. Juli 1855 die Klägerin auf ihr Anrufen zur Ableistung eines Reinigungseides zugelassen worden ist, auf welchen es nur ankommen konnte, wenn der Beklagte den ihm über den Klagsgrund deferirten Eid nicht leistete, und welchen ihr auch das rechtskräftige Urtheil vom 11. Juni 1855 ausdrücklich nur für diesen Fall auferlegt hatte, so lag hierin ganz unzweideutig ein Schritt, bei welchem der Beklagte bereits als präcludirt behandelt wurde. Die Bestimmung des Urtheils, daß die Klägerin in der nämlichen Tagfahrt schwören solle, berechtigte zu diesem Schritt, und es unterliegt daher keinem Zweifel, daß ihm dieselbe Wirkung wie einem Contumacial=Decret zuzuschreiben ist.

II. Eventuell hat der Beklagte sich in jetziger wie in voriger Instanz darüber beschwert, daß ihm die erbetene Restitution abgeschlagen worden sei; und diese Beschwerde stellt sich als begründet dar.

Zwar war das in der Eingabe vom 7. Juli 1855 enthaltene Restitutionsgesuch nicht genügend substantiirt, da hier nur behauptet wurde, Beklagter müsse beim Vorlesen des Urtheils vom 11. Juni durch seinen Anwalt den Schwörungstermin überhört haben, was in Ermangelung eines besondern rechtfertigenden Umstands eine eigene Verschuldung des Beklagten in sich schließen würde.

Allein das verbesserte Restitutionsgesuch vom 30. August 1855, dessen Inhalt der Beklagte in zweiter Instanz wiederholt geltend gemacht hat, mußte, als an sich begründet, anerkannt und der Beklagte zum Nachweis des darin eingeführten Restitutionsgrundes zugelassen werden.

1) Zunächst kann dieses Restitutionsgesuch nicht als ein völlig neues angesehen werden, da es im Vergleiche zu der Eingabe vom 7. Juli 1855 nur eine berichtigte und vervollständigte Darstellung des schon dort geltend gemachten Vorganges enthält, deren nachträgliche Berücksichtigung von der Klägerin nicht beanstandet worden ist, und es steht ihm deßhalb eine nach Maßgabe des

Deput. Absch. von 1600. § 86.

anzunehmende Verspätung nicht entgegen, auch wenn man die Vorschrift dieses Reichsgesetzes auf eine Versäumniß von Tagefahrten ohne Weiteres anwenden will.

2) Was den Inhalt des Gesuches betrifft, so wird behauptet, der Anwalt sei im Vorlesen des Urtheils vom 11. Juni unterbrochen worden, und habe dem Beklagten, ohne daß dieser von dem angesetzten Schwörungstermine noch etwas erfahren gehabt, gesagt, er werde das Weitere mitgetheilt bekommen. Wenn sich die Sache so verhielt, so hatte der Beklagte, da das Urtheil nicht ihm, sondern seinem Anwalt eröffnet, auch nur dem Letzteren insinuirt worden war, auf dem ordnungsmäßigen Wege, nämlich durch seinen Anwalt, keine Kenntniß von dem Schwörungstermin erhalten, und durfte nach der schließlichen Zusage des Anwalts abwarten, bis ihm weitere Mittheilung gemacht werden würde. Der Beklagte war also außer Stande, in dem Termine zur Eidesleistung zu erscheinen.

Die Einwendungen der Klägerin gegen diesen Restitutionsgrund sind unerheblich. Sie macht geltend:

a) Die nunmehrige Darstellung stehe im Widerspruche mit dem Inhalte der Eingabe vom 7. Juli 1855 und enthalte einen Widerruf des dort abgelegten Geständnisses, welcher nur binnen drei Tagen zulässig gewesen wäre. Allein abgesehen davon, ob die Beschränkung des Widerrufs auf eine dreitägige Frist in einem Falle der vorliegenden Art anzuwenden sein möchte, ist in der Eingabe vom 7. Juli ein bestimmtes Geständniß, daß das Urtheil dem Beklagten **vollständig** vorgelesen worden sei, nicht zu finden; es ist nur als Vermuthung des Beklagten hingestellt, daß er den Schwörungstermin überhört haben müsse, was sehr wohl bedingungsweise gemeint sein konnte, wenn ihm die betreffende Stelle des Urtheils mit vorgelesen

sein sollte. Die neuere Erzählung ist daher eine die speciellen Umstände des Vorganges näher hervorhebende und eine verbessernde, aber keine widersprechende.

b) Auch nach der jetzigen Darstellung treffe den Beklagten ein Verschulden, weil er seinen Anwalt nach der geschehenen Unterbrechung nicht um Fortsetzung gebeten habe. Allein wenn der Beklagte bis zu der fraglichen Unterbrechung noch nichts von Anberaumung eines Schwörtermins vernommen hatte, so lag für ihn auch kein Anlaß vor, die Sache als eilig zu betrachten und auf sofortige Vollendung des Vorlesens zu dringen; vielmehr dürfte er unbedenklich bei der Versicherung sich beruhigen, daß ihm das Weitere mitgetheilt werden solle.

c) Das Erbieten des Anwaltes zu dem Eide, daß er sich nicht besinnen könne, ob er dem Beklagten den Termin mitgetheilt habe, sei keine genügende Bescheinigung des Restitutionsgrundes. Allein das Restitutionsgesuch enthält nicht bloß dieses allerdings unerhebliche Erbieten, sondern zunächst das Geständniß des Anwaltes, daß er an dem eingetretenen Versehen schuld gewesen sein müsse, und daneben das Erbieten des Beklagten selbst zur Leistung des Restitutionseides, daß ihm der Schwörungstermin weder von dem Anwalte mitgetheilt, noch sonst zur Kenntniß gekommen sei. Jenes Geständniß und dieses Erbieten mußte den vorliegenden Umständen nach für die Zulassung des Gesuches einstweilen genügen.

d) Dem Beklagten stehe die Rathsverordnung vom 20. Mai 1788, wonach bloße Unkenntniß eines Termins kein Restitutionsgrund sei, sowie § 15 der Rathsverordnung vom 22. Juli 1788 entgegen, indem die hier aufgestellten Erfordernisse einer Restitution gegen rechtskräftige Erkenntnisse nicht vorlägen. Beide Verordnungen gehören indessen nicht hierher; die erstere deßhalb, weil sie die Wirkung der Edictalladung im Concurse betrifft und auf die Unkenntniß von Specialladungen nicht ausgedehnt werden kann; die zweite deßhalb, weil Restitutionsgesuche gegen Versäumniß von Terminen und Fristen auch dann, wenn schon ein Contumacialbescheid hinzugekommen sein sollte, ihre Natur als Zwischenhandlungen behalten und nicht als Rechtsmittel contra rem judicatam zu behandeln sind.

Vergl. Frankf. Sach. Edel ca. Helfrich 1846. *)
Junck ca. Kyd **) Januar 1853.

Hiernach kann es nur noch

3) auf den Nachweis des Restitutionsgrundes ankommen.

Nun hat die Klägerin nicht bloß die Wahrheit des Vorganges, worauf der Beklagte sich stützt, in Abrede gestellt, sondern auch schon in erster Instanz speciell behauptet, es lasse sich beweisen, daß der Beklagte von dem Schwörungstermine Kenntniß gehabt habe, indem er in der öffentlichen Gerichtssitzung vom 11. Juni 1855 bei der Verkündigung des Urtheils (als Zuhörer) anwesend gewesen sei, auch später an Dritte erzählt habe, daß er am 4. Juli schwören solle.

Diese Behauptungen bieten zwar keinen Grund dar, den Beklagten von der Zulassung zu dem angebotenen Restitutionseid auszuschließen, jedoch darf der Klägerin die Gelegenheit nicht entzogen werden, im gewöhnlichen Wege nachzuweisen, daß der Beklagte, von der Mittheilung durch seinen Anwalt abgesehen, Kenntniß von dem anberaumten Schwörungstermin erhalten habe. Es mußte daher für angemessen erachtet werden, zu einem Beweise dieser Art, unter Vorbehalt des beklagtischen Gegenbeweises, vorerst eine Frist bestimmen zu lassen, den eventuell eintretenden Restitutionseid aber folgeweise auf die Thatsache einzuschränken, daß dem Beklagten auf dem ordnungsmäßigen Wege, nämlich durch seinen Anwalt, der Schwörungstermin nicht mitgetheilt worden sei.

Die durch die beiden Restitutionsgesuche vom 7. Juli und 30. August 1855 bisher erwachsenen Kosten erster Instanz hat selbstverständlich der Beklagte zu tragen. Ueber die Kosten der vorigen Instanz liegt keine Beschwerde vor, die der jetzigen Instanz waren aber wegen der ergehenden reformatoria zu compensiren.

Auszug aus den Seite 141 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

a. Helfrich ca. Edel 1846.

In gegenwärtiger Sache steht, ungeachtet des bereits ergangenen Desertions-Erkenntnisses, doch keine restitutio contra rem

*) Siehe Seite 141.
**) Siehe Seite 142.

judicatam, sondern nur contra lapsum fatalium in Frage, indem jenes Erkenntniß bloß die Folge der begangenen Versäumniß ist und nur die dadurch schon ipso jure eingetretene Desertion ausspricht.

Vergl. Archiv f. d. civilist. Prax. Th. 4. Nr. 12. S. 114. 122.

Es kommt demnach der § 160 der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung in Frage, wonach es keinem Zweifel unterliegt, daß, wenn die Nothfrist lediglich in Folge einer irrigen Berechnung des Sachführers versäumt worden ist, die Parthei dawider restituirt werden müsse.

b. Junck ca. Kyd 1853.

Die Appellation der Klägerin ist zwar wegen verspäteter Einführung am 28. Juni vorigen Jahres durch ein förmliches Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts für desert erklärt worden; demungeachtet konnte aber das Restitutionsgesuch der Appellantin nicht als das ordentliche Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts aufgefaßt und nicht nach § 180 und flg. der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung beurtheilt werden, vielmehr waren es die §§ 156 bis 160 dieser Ordnung, die hier allein in Betracht kommen. Insofern nämlich die Klägerin Anspruch hätte, gegen die durch Versäumnisse oder Versehen im gerichtlichen Verfahren entstandenen Nachtheile Abhülfe zu erhalten, müßte zugleich die Folge des begangenen Fehlers, die desertoria, mit hinwegfallen,

Gensler, im Archiv f. d. civilist. Prax. Th. 4. S. 114—122.
Linde, Lehrbuch des Proz. ed. 3. § 423.

wie dieß das Ober-Appellationsgericht schon früher und auch in der Frankfurter Sache

Edel ca. Helfrich im J. 1846.

ausgesprochen hat.

Geht man hiervon aus, womit sich alle diejenigen Einwendungen beseitigen, bei denen die Voraussetzung zum Grunde liegt, daß es sich hier um die Restitution gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts handle, so erscheint der

Einwand des appellatischen Anwalts, daß das Restitutionsgesuch nach Maaßgabe der — im § 158 der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung wiederholten — Bestimmung des § 86 des Deput. Absch. von 1600 am 6. Sept. zu spät eingereicht worden, ungegründet. Mag man nämlich die zur Nachsuchung der Restitution freistehende achtwöchige Frist schon vom 1. Juli an, als dem Tage berechnen, wo die ergangene desertoria dem hiesigen Procurator der Klägerin insinuirt worden ist, oder erst von dem Zeitpunkte, wo der klägerische Bevollmächtigte, Dr. N., dessen Mittheilung von der Abgabe des Desertions-Erkenntnisses erhalten hat; immer war diese Frist durch die am 6. September geschehene Einreichung des Restitutionsgesuches salvirt, da dieselbe bei der einen, sowie bei der andern Berechnung erst nach Anfang der Gerichtsferien ablief, und daher nach § 102 der Gerichtsordnung, als bis zum 8. September, erstreckt anzusehen war. Bei der direkten Anwendbarkeit dieses Paragraphen der Gerichtsordnung bedarf es auch keines Eingehens auf die Untersuchung, ob nach gemeinem Prozeßrechte die Appellantin verpflichtet gewesen wäre, ihr Restitutionsgesuch schon vor Anfang der Ferien einzureichen.

121.

Bachrich & Schlesinger in Wien (rectius in Nyctra Zsambokreth in Ungarn), Kläger wider **Gerhard Schott** vom Schaafshofe bei Cronberg, Beklagten, wegen Forderung.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 11. October 1854.

In Erwägung, daß

— — — — — — — — — — — — —

3) was die von dem Beklagten nachträglich bestrittene Activ-Legitimation zur Sache anbelangt, Kläger in dem Arrestgesuche nebst Klage sich auf ein gegen die hiesige Handlung J. C. Schott Sohn erwirktes condemnatorisches Erkenntniß vom 9. Februar 1853 und zugleich darauf bezogen haben, daß Joachim Bachrich als Theilhaber der klagenden Handlung Bachrich & Schlesinger des betreffenden Verkaufsgeschäfts abgeschlossen habe; daß

4) es zwar nicht darauf ankommt, ob die Handlung Bachrich & Schlesinger auch in Wien bestehe, und es vielmehr genügt, daß nach dem unter der Vollmacht befindlichen Attestat diese Handlung als in Zsambokreth bestehend zu betrachten und der Vollmachtaussteller Hermann Schlesinger Theilhaber derselben ist, daß

5) jedoch bis jetzt nicht nachgewiesen worden, daß Joachim Bachrich, welcher in der Klage gegen J. C. Schott Sohn als Theilhaber der mehrgedachten Handlung und als Derjenige bezeichnet ist, welcher das der Klage zum Grunde gelegte Verkaufsgeschäft mit J. C. Schott Sohn abgeschlossen haben soll, die angegebene Eigenschaft gehabt habe; daß

6) dieser Nachweis deßhalb nicht umgangen werden kann, weil ohne solchen die Handlung Bachrich & Schlesinger nicht die rechte Klägerin gegen J. C. Schott Sohn und mithin auch nicht

berechtigt gewesen wäre, den fraglichen Arrest gegen den jetzigen Beklagten zu erwirken; daß

7) es aber hinreicht, wenn dargethan wird, daß Joachim Bachrich von der Handlung Bachrich & Schlesinger zu dem erwähnten Geschäftsabschluß ermächtigt gewesen ist, indem alsdann dieser Handlung ein daraus hervorgegangenes Klagrecht zugestanden hätte und sie auch hiernach legitimirt gewesen wäre, den Arrest in der vorliegenden Sache zu erwirken, welchemnach die erforderliche Beweisauflage alternativ über den einen oder den andern Umstand zu machen sein wird; daß

8) was die Hauptsache anbelangt, zunächst die Frage, ob die Betheiligung des Beklagten an der Handlung J. C. Schott Sohn hinsichtlich des Zunder-Fabrikationsgeschäfts dem hier bestehenden gesetzlichen Verbote der Association eines hiesigen Bürgers mit einem Fremden für ein hier zu betreibendes Handelsgeschäft unterliege, unerörtert bleiben kann, da auch, abgesehen von dieser Betheiligung, die solidarische Verbindlichkeit des Beklagten wegen der in [8] erwähnten *) Schuld der Handlung J. C. Schott Sohn durch die in dorso dieser Urkunde beigefügte, ein constitutum debiti alieni enthaltende Erklärung begründet erscheint; daß

9) zwar Beklagter behauptet hat, daß die von ihm am 28. Juni 1851 in [8] übernommene Mithaft sich nur auf die klägerische Restforderung des Kaufpreises für die 39 Ballen Zunder von fl. 1074. 28 kr., nicht aber auf die Verbindlichkeit aus der unterm 18. December 1850 aufgegebenen Bestellung beziehe; daß

10) jedoch für die von dem Beklagten geschehene Uebernahme der ganzen Schuld entscheidet:

a) daß schon aus dem sogenannten Engagements-Brief vom 18. December 1850 in [8] hervorgeht, daß die darin bestellten Waaren im März und Ende Mai 1851 zu liefern gewesen waren, es sich daher am 18. Juni 1851 nicht mehr um Bestellung, sondern um Zahlung handelte, und der Ausdruck „Restforderung" den Kaufpreis dieser Waaren mitumfassen mußte; sowie

---

*) Siehe Seite 158.

b) daß Beklagter in dem von ihm producirten, angeblich zum definitiven Abschlusse gekommenen Vergleich ausdrücklich die Zahlung des Restbetrags der sämmtlichen bei Kolligs gelagerten Waaren im Werthe von fl. 3817 übernommen hat, dieser Betrag aber unter Hinzurechnung der vergleichsweise erlassenen fl. 100 gerade die damalige Restforderung aus den beiden Geschäften, worauf die Klage gegen J. C. Schott Sohn gerichtet gewesen, ausmacht, indem vom Beklagten nirgends behauptet ist, daß er in diesem Vergleiche die Zahlung einer größern Summe, als für welche er ohnedieß haftete, übernommen habe, und dieß ohne eine solche Behauptung nicht angenommen werden kann, daß

11) diesemnach Beklagter für die Schuld der Handlung J. C. Schott Sohn an die Kläger, welche sich nach Abzug des Erlöses der versteigerten Waaren von fl. 1342. 42 kr. von dem ursprünglichen Capital mit fl. 2574. 44 kr. ergibt, nebst Verzugszinsen zu 5% vom Tage der Insinuation der vorliegenden Klage aufzukommen hat, da er für die ganze dermalige, auch die Zinsen und Kosten aus dem früher mit J. C. Schott Sohn Statt gehabten Rechtsstreit umfassende Klagsumme von fl. 3152. 51 kr. nicht verbindlich gemacht werden kann und daß

12) mit Berücksichtigung der klägerischen Zuvielforderung der Kostenpunkt festzustellen ist,

wird zu Recht erkannt:

I. Kläger haben binnen vierzehn Tagen vorbehältlich des Gegenbeweises rechtsgenügend darzuthun,

entweder,

daß Joachim Bachrich Theilhaber der Handlung Bachrich & Schlesinger sei,

oder

daß Joachim Bachrich von der Handlung Bachrich & Schlesinger zum Abschluß des in der Klage derselben gegen die Handlung J. C. Schott Sohn erwähnten Verkaufsgeschäfts ermächtigt gewesen sei,

bei Vermeidung mit der erhobenen Klage angebrachtermaaßen abgewiesen, auch in alle Schaden und Kosten, vorgängig deren Liquidation und Feststellung, verurtheilt zu werden;

II. für den Fall der Erledigung der vorstehenden Auflage ist Beklagter schuldig, den Klägern die Summe von fl. 2574. 44 kr. nebst Verzugszinsen zu 5% vom Tage der Insinuation der Klage (den 8. April 1854) zu bezahlen, auch zwei Drittel der Streitkosten zu ersetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 20. December 1854.

Auf beiderseitige Appellation.

Die Beschwerde der Klägerin in ihrer dermaligen Beschränkung auf die Lagerspesen ist nach der Verpflichtung des Beklagten, welche dieser urkundlich übernommen hat, begründet. Die Summe, welche der Beklagte zu bezahlen hat, vermehrt sich hiernach um den seiner Größe nach unbestrittenen Betrag jener Spesen mit fl. 108. 46 kr.

Die Beschwerden des Beklagten sind nach den Ausführungen des stadtgerichtlichen Erkenntnisses und in Berücksichtigung der der Einrede des Vergleichs entgegengestellten wohlmotivirten Repliken des unerfüllten Vertrags und des Verzichts, in Berücksichtigung ferner der in der Einlassung auf die Klage erfindlichen Zugeständnisse rücksichtlich der Klagsumme, in Berücksichtigung endlich, was die behauptete weitere Zahlung von fl. 100. 56 kr. anbelangt, daß diese Einrede jedenfalls verspätet ist, vollkommen unbegründet; doch kann die Umänderung des Beweissatzes nach Maaßgabe der zweiten Beschwerde, nach den eigenen Intentionen der Sent. a qua keinen Bedenken unterliegen.

Diesemnach wird das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 11. October 1854 mit der Abänderung, resp. Erläuterung bestätigt, daß die Summe, zu deren Bezahlung der Beklagte verurtheilt ist, auf fl. 2683. 30 kr. erhöht und die erste Alternative des der Klägerin auferlegten Beweises dahin bestimmt wird:

„daß Joachim Bachrich zur Zeit des von ihm bewirkten, hier in Frage stehenden Geschäftsabschlusses Theilhaber der Handlung Bachrich & Schlesinger gewesen sei.“

2) Die Kosten dieser Instanz hat der Beklagte allein zu tragen, resp. der Klägerin zu erstatten.

Durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 29. April 1857 wurde auf Appellation des Beklagten dahin reformirt:

daß die Summe, zu deren Bezahlung Beklagter eventuell verurtheilt worden, auf fl. 1955. 30 kr. zu mindern, es könnten und wollten denn Kläger binnen einer vom Stadtgericht anzuberaumenden Frist, dem Beklagten Gegenbeweis vorbehalten, rechtlicher Ordnung nach darthun:

daß gegen Ende Juni 1851 bei Feststellung des den Klägern aus den beiden durch J. Bachrich unterm 18. December 1850 mit J. C. Schott Sohn zu Frankfurt abgeschlossenen Verkäufen von 39, resp. 38 Ballen Schwamm annoch zukommenden Restbetrags ihrer Forderungen vereinbart worden sei, sämmtliche bis dahin für bezogene Waaren geleistete Zahlungen zum Belaufe von fl. 2825. 18 kr. lediglich vom Factura-, resp. Fracht- und Spesen-Betrage des ersten Kaufgeschäfts in Abzug zu bringen, den Preis der davon noch restirenden 15 Ballen nur pro forma auf fl. 1074. 28 kr. anzusetzen und dagegen für die restirenden 31 Ballen des zweiten Kaufgeschäfts es bei dem für die ganze Parthei inclusive Fracht und Spesen angesetzten Betrage von fl. 3942. 52 kr. zu belassen;

zu Führung welchen Beweises es den Partheien unbenommen bleibt, sich der zu den Acten gekommenen Briefe und sonstigen Documente mit zu bedienen. — — —

Entscheidungsgründe.

I. Die vom Beklagten dahin aufgestellte erste Beschwerde:

daß Kläger mit ihrer Klage nicht angebrachtermaaßen abgewiesen und zum Ersatz sämmtlicher dem Beklagten durch Klage und Arrest entstandenen Kosten und Schäden verurtheilt worden,

— — — — — — — — — — — — —

betrifft lediglich diejenigen Einwendungen, welche nach bereits eingekommener Duplik unterm 5. August 1854 in Betreff der Sachlegitimation dahin erhoben worden waren, daß einerseits eine Handlung Bachrich & Schlesinger, Namens deren sowohl der Vorprozeß gegen J. C. Schott Sohn und der jetzt gegen Beklagten obschwebende Prozeß, resp. Arrestschlag erhoben, resp. gestellt sei, als auch abseiten des Hermann Schlesinger in seiner Eigenschaft als Theilhaber der klägerische Anwalt bevollmächtigt worden sei, zu Wien nach dem vom dortigen Handelsgericht eingegangenen Schreiben vom 1. Juli 1854 und eigener Angabe der Kläger selbst, welche gegenwärtig den ungarischen Ort Nyetra Zsambokreth als Sitz gedachter Firma und Schwammfabrik zugegeben hätten, überall nicht existire, und daß andererseits in Betreff des Joachim Bachrich, welcher sowohl bei den vorangegangenen Prozeßverhandlungen, als insbesondere bei Abschluß der in Frage stehenden Handelsgeschäfte sich als Theilhaber der klägerischen Handlung gerirt wie bezeichnet habe, eine derartige Betheiligung an derselben nicht einmal mehr behauptet, derselbe vielmehr nur noch als ein zu Wien domicilirender Bevollmächtigter jenes ungarischen Geschäfts bezeichnet werde.

Auch in dieser ihrer wahren Richtung und Bedeutung war aber die obige Beschwerde des Beklagten namentlich im Hinblick auf die wegen besserer Sachlegitimation des Joachim Bachrich in den angefochtenen Erkenntnissen sub I. den Klägern gemachte, von ihnen überall nicht angefochtene Beweisauflage, welche sogar mit darauf gestellt ist, daß Joachim Bachrich lediglich Bevollmächtigter, nicht Theilhaber der klägerischen Handlung zur Zeit der von ihm für Letztere abgeschlossenen Geschäfte gewesen sein sollte, für unbegründet zu erachten und demzufolge zu verwerfen.

Ob das von den Klägern mit ihrer jetzigen Vernehmlassung zu den Acten gebrachte und gehörig legalisirte „amtliche Zeugniß" des Bezirksgerichts zu Nyetra Zsambokreth vom 19. April 1854 seinem Inhalte nach zu Erbringung des bemerkten klägerischen Vorbeweises, sowie zu Beseitigung derjenigen Anstände dienlich und ausreichend sei, welche in der mehrgedachten, in diesem Zeugniß ausdrücklich mitberücksichtigten, jedoch nicht anher devolvirten Näff-

schen Rechtssache noch in Betreff ihrer definitiven Erledigung obwalten, muß allhier resp. zur Zeit noch unentschieden bleiben, zumal dem Beklagten über die Sachlegitimation des Joachim Bachrich Gegenbeweis vorbehalten ist. Zu einer Beschwerde aber über den deßfallsigen Beweisnachlaß und zu dem gestellten Antrag alsbaldiger, wenn auch nur vorläufiger Klagabweisung könnte Beklagter nur berechtigt sein, wenn entweder schon jetzt und aus den bisherigen Verhandlungen mit voller Evidenz sich ergäbe, daß Hermann Schlesinger nicht Theilhaber der klagenden Handlung, oder daß Joachim Bachrich weder dieß, noch zu deren Vertretung ermächtigt gewesen sei, oder wenn die anderweit vom Beklagten zu Anfechtung des wider ihn gestellten Klag- und Arrestantrags relevirten Momente erheblich und liquid wären. Keines von dem Allen ist jedoch der Fall.

Denn — — — — — — — — — — —

Anbelangend dagegen

2) die vom Beklagten gerügte Bezeichnung der klägerischen Handlung als einer Wiener, so würde sich auch dieß wieder daraus, daß der mit den kaufmännischen Geschäften betraute Joachim Bachrich in Wien domicilirt ist und von da aus den ihm obliegenden Betrieb besorgt, vollkommen rechtfertigen, trotzdem daß die Fabrik ihren Sitz in Ungarn hat und daher auch die Firma derselben zu dem Wiener Mercantil-Protokolle nicht angemeldet ist. Im Uebrigen ist aber auch, abgesehen von den im Rubrum der klägerischen Prozeßschriften dem Namen der Kläger beigefügten Worten „in Wien," worin nur ein unwesentlicher und unschädlicher Irrthum des klägerischen Anwalts liegt, jene Bezeichnung im jetzigen wie im Vorprozesse lediglich Seitens des Beklagten und seines Vetters J. C. Schott Sohn bei der gewechselten Correspondenz wie sonst beliebt worden, klägerischerseits dagegen hat man immer, namentlich bei Abschluß der jetzt streitigen Kaufgeschäfte, sowie in der für den damaligen Prozeß und Arrestschlag bestimmten Vollmacht bloß unter der Firma „Bachrich & Schlesinger" ohne irgend welche Ortsangabe gehandelt. Da nun die Identität der klagend aufgetretenen Firma mit der in Nyctra Zsambokreth weder bestritten, noch zu bezweifeln ist, so erscheint es durchaus

ungerechtfertigt, wenn um jener mehr ungenauen als unrichtigen Bezeichnung willen Beklagter die Sachlegitimation der Kläger sogar für den Fall, daß sie den ihnen deßfalls auferlegten Beweis erbrächten, bestreiten und den ganzen Rechtsbestand der bisherigen Verhandlungen anfechten zu können vermeint hat.

Ebenso wenig konnte

II. die zweite Beschwerde Berücksichtigung finden, welche die sehr verschiedenartigen, zum Theil nur auf bestimmte Voraussetzungen und Eventualitäten basirten und dadurch ihrer eigentlichen Bedeutung nach etwas unklar gebliebenen peremtorischen Einwendungen gegen die erhobenen Klagansprüche weiter zu verfolgen bestimmt und dahin formulirt ist:

> daß nicht für den Fall vervollständigter Activlegitimation der Kläger dieselben auf Grund der Einreden des Vergleichs, des mangelnden Klagrechts, des nicht erfüllten Vertrags, des dolus und der Zahlung definitiv unter Verurtheilung in Ersatz aller Schäden und Kosten abgewiesen worden.

Zuvörderst nämlich ist

A. die Verwerflichkeit der Ansicht kaum zweifelhaft, daß durch das jedenfalls als beiderseits vollzogene Punktation für perfect geworden und für rechtsverbindlich zu erachtende Abkommen, welches Beklagter in Anlaß des Näff'schen Prozesses unterm 27. August 1852 mit Joachim Bachrich für die klägerische Handlung behufs Regulirung der zwischen J. C. Schott Sohn und den Klägern Statt gehabten Kaufgeschäfte und Schuldverhältnisse, sowie zur Erledigung der deßfallsigen Prozesse geschlossen hat, alle für den Beklagten aus jenen Geschäften theils durch seine Association mit J. C. Schott Sohn, theils durch seine Haft-Erklärung vom 28. Juni 1851 mittelbar erwachsenen Schuld- und Rechtsverhältnisse zu den Klägern novando völlig erloschen wären, und daß an deren Stelle durch jenen sogenannten Vergleich ein ganz neues Vertragsverhältniß getreten sei, aus welchem allein noch, was nicht geschehen wäre, Beklagter, sei es auf Erfüllung, oder sei es zunächst nur auf förmlichen Vollzug, belangt werden könnte. Denn gedachtes Abkommen enthielt nichts weiter als ein Schuld-Anerkenntniß,

verbunden mit näherer Feststellung des Schuldbetrags und der Modalitäten, unter welchen dessen Tilgung erfolgen solle. Hat nun auch darin Beklagter den Klägern die Zahlung des ihnen aus den mit J. C. Schott Sohn abgeschlossenen Verkäufen noch zukommenden Restbetrags als „alleiniger Schuldner" zugesagt und durch Erlaß von fl. 100 wie sonst sich gewisse Erleichterungen bedungen und gesichert, so kann doch deßhalb dem Abkommen noch nicht ein novativer Charakter in dem Sinne, wie Beklagter behauptet, beigelegt werden, und weist auch der concrete Inhalt oder Wortlaut der Punktation nirgends darauf hin, daß es Absicht der Partheien gewesen, die früheren Schuld- und Rechtsverhältnisse als gänzlich getilgt und beseitigt anzusehen und das fragliche Abkommen als die fortan alleinige Quelle und Grundlage der den Klägern zuständigen Rechte behandeln zu wollen.

Bei solchergestalt klarem Ungrunde der sogenannten Einrede des Vergleichs bedarf es denn auch keines weiteren Eingehens auf die ihr entgegengestellten in der Sent. a qua für wohlmotivirt und begründet erachteten Repliken des nicht erfüllten Vertrags und Verzichts. — — — — — — — — — — —

Minder zweifellos ist

B. die in den vorderen Instanzen gleichfalls gegen Beklagten entschiedene Frage, von und mit welcher mehr oder weniger alle übrigen im Grav. II. weiter verfolgten Einreden abhängen oder doch in Verbindung stehen, ob nämlich Beklagter, sei es wegen der nach Behauptung der Kläger im Jahr 1851 mit deren ursprünglichem Geschäftsfreunde und Schuldner J. C. Schott Sohn eingegangenen Association, sei es auf Grund seiner unterm 28. Juni 1851 auf des Letzteren Bestellbriefe vom 18. December 1850 in [8] der St.-G.-A. abgegebenen Erklärung und Haftzusage in Betreff der beiden, laut gedachten Bestellbriefes am 18. December 1850 zwischen J. C. Schott Sohn und Klägern zu Stande gekommenen Verkaufsgeschäfte wegen des Restschuld-Betrags für tenent zu erachten sei, oder ob denselben, wenn überall aus subsidiärer Uebernahme einer fremden Schuld, und nicht vielmehr bloß als Mitkäufer und Principalschuldner, doch jedenfalls nur hinsichtlich des ersten jener Schwammankäufe, von zusammen 39 Ballen im Gesammt-

Factura-, resp. Fracht- und Spesen-Belauf von fl. 3899. 50 kr. eine Haftpflicht treffe, was Beklagter von Anfang an unter dem Einwande behauptet hat, daß bei richtiger Rechnungsstellung dieser gesammte Schuldbetrag sich als getilgt ergebe, und Klägern daher sowohl jedes Klagrecht fehle, als die Einrede der Zahlung entgegenstehe.

In dieser Hinsicht ist nun, soviel

1) die fragliche Erklärung Beklagtens betrifft, dahin lautend:

„Für die Rechtforderung aus vorseitiger Verbindlichkeit erkläre ich mich als Geschäftstheilhaber solidarisch mithaftend, unter dem Bedingniß, daß Zahlung erst nach drei Monaten gefordert wird,"

siehe St.-G.-A. [8],

zunächst soviel klar, daß

a) es für Aufrechthaltung der Klage und für den von den Klägern erzielten Zweck vollständiger Befriedigung an und für sich, und abgesehen von den etwa nur gegen die eine oder die andere Klage zu erhebenden besonderen Einreden gleichgültig ist, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkt man das in jener Erklärung und deren Annahme liegende Rechtsgeschäft stellen könne oder wolle, und ob man den Beklagten so zu behandeln habe, wie wenn er von vornherein an den fraglichen Käufen als Mitcontrahent sich betheiligt hätte, oder ob man die Zusage seiner Mithaft bloß als Intercession auffasse, und ob man diese wieder als eigentliche Bürgschaft, oder nur als einfaches constitutum debiti, wie Seitens des Stadtgerichts geschehen ist, zu bezeichnen vorziehe. In dem einen wie andern Fall ist die Klagbarkeit der dadurch übernommenen Verbindlichkeit außer Frage, und wie dieß

b) der eigentliche Streit- und Zweifelpunkt, ob gedachte, in ihrer Fassung nicht ganz klare und auf den vorstehenden Brief des J. C. Schott Sohn nur generell verweisende Erklärung sich auf alle beide darin erwähnten älteren Kaufgeschäfte oder nur auf eins und welches derselben beziehe, resp. habe beziehen sollen.

Gegen jene von den Klägern vertretene Ansicht entsteht einiges Bedenken daraus, daß, obwohl der Brief vom 18. December 1850 zwei gesonderte Geschäfte betrifft und neben dem bereits zu völligem Abschlusse gediehenen Verkaufe von 39 Ballen noch eine neue

Bestellung von erst später zu liefernden 38 Ballen enthält, doch die fragliche Erklärung sich nur der Singular-Form sowohl in Bezug auf den Ursprung („vorseitiger Verbindlichkeit"), als in Betreff des Gegenstandes („Restforderung") der durch solidarische Mithaft sicher zu stellenden klägerischen Ansprüche bedient hat. Auch kommt in Betracht, daß von der zweiten Bestellung zwar ein Theil schon im Januar 1851, der Rest aber erst Anfangs April und Mitte Mai geliefert worden ist, daß mithin für dieses gleichfalls auf drei Monate Ziel abgeschlossene Geschäft zur Zeit der Erklärung der Kaufpreis größtentheils noch nicht fällig war, nun aber der Schlußsatz, worin Beklagter bedingungsweise weitere dreimonatliche Befristung für die Zahlung verlangt, vorauszusetzen scheint, daß schon damals solche von den Klägern hätte gefordert werden können. Indessen läßt diese Schlußclausel ganz füglich sich dahin deuten, daß für die Zahlung, soweit sie dermalen schon und fernerweit zu verlangen stände, eine weitere Frist von je drei Monaten bedungen werde. Ferner ist bei der Allgemeinheit des Ausdrucks „vorseitiger Verbindlichkeit" die Uebernahme der Mithaft um so füglicher auf den Gesammtinhalt des Briefes vom 18. December 1850 zu beziehen, weil einerseits bei Abnahme und Bezahlung der successiv aus den Frankfurter Lagern zum Behuf der Fabrikation entnommenen Ballen keine Sonderung der verschiedenen Partheien Statt gefunden hat, sondern der Bedarf an Rohschwamm bald von der einen, bald von der andern, und zwar sogar ohne specielle Verzeichnung entnommen ist, darin aber sich zur Genüge kundgibt, wie man die mittelst gesonderter Kaufgeschäfte erworbene Waare allseitig als Ein Ganzes angesehen habe, weil andererseits Beklagter in Betreff des auf seine Haftübernahme bezüglichen, zumeist die zweite December-Bestellung betreffenden Briefes von J. C. Schott Sohn vom 28. Juni 1851 zwar behauptet, daß ihm solcher unbekannt gewesen und absichtlich vorenthalten sei, dagegen von dem Inhalte des Briefes vom 18. December 1851, welchem er jene Hafterklärung eigenhändig hinzufügte, Kenntniß gehabt zu haben, nirgends leugnet und nur ganz obenhin davon spricht, daß es nicht seine Intention gewesen sei, auch für die zweite Sendung eine Zahlungspflicht zu übernehmen. Dazu kommt der in der Erklärung vom Beklagten gebrauchte

Ausdruck „Geschäftstheilhaber," welcher, mag er auch weder für sich allein vollen Beweis eines, wie Kläger behaupten, bleibenden kaufmännischen Societätsverhältnisses zwischen Beklagtem und J. C. Schott Sohn zu liefern geeignet sein, noch völlig unvereinbar erscheinen mit der Behauptung Beklagtens, bloß an den betreffenden Käufen sich als Mitcontrahent betheiligt zu haben, doch jedenfalls darauf hinweist, daß Beklagter in dem Maaß und Umfang eine solidarische Mithaft habe übernehmen wollen, wie wenn ihm das Handels- und Fabrikgeschäft mitgehörte, für welches die bei Klägern gemachten Ankäufe und Bestellungen von Rohmaterial bestimmt waren. Endlich dient auch die oberwähnte Punktation vom 27. August 1852, welche, obschon von den Klägern nicht als Klagfundament geltend gemacht, gleichwohl zu deren Gunsten als Interpretationsmittel benutzt werden darf, der klägerischen Deutung jener Haftzusage zu einiger Unterstützung. Denn in diesem sogenannten Vergleiche hat Beklagter für sämmtliche bei D. Kolligs lagernde Waare, welches aber die aus beiden December-Käufen noch nicht abgenommenen und bezahlten Ballen waren, die Zahlung des Restbetrags, und zwar zu einem Betrage, welcher den Werth des geringen, aus der Parthei damals noch unbezogenen Waaren-Quantums weit überstieg, als „alleiniger Schuldner" zugesagt, und weder Inhalt und Fassung des Documentes selbst, noch die damalige Geschäfts- und Vermögenslage des J. C. Schott Sohn kann irgend zu der Annahme berechtigen oder auch nur Veranlassung geben, daß Beklagter seine Mithaft nicht nur in eine alleinige Schuldverbindlichkeit habe umwandeln, sondern überdieß auch quantitativ noch habe erweitern wollen.

Diesem Allen nach erscheint es gerechtfertigt, wenn in den vorderen Instanzen der Einwand Beklagtens, nur für den Restbetrag aus dem ersten Kaufgeschäfte vom 18. December 1850 verhaftet zu sein, bei Seite gesetzt und über diese, nur auf Folgerungen basirte, durch thatsächliche Momente überall nicht motivirte Behauptung demselben nicht einmal ein Beweis, für welchen es auch an jedem deßfallsigen Antrage fehlt, nachgelassen worden ist. Bei gleichzeitig vorhandener völliger Liquidität des in dieser Hafterklärung Beklagtens liegenden Klagfundaments, und da er seine Mitverhaftung für die

zweite Waarensendung vorausgesetzt, nicht zu bestreiten vermocht hat, daß auf die deßfallsigen, gegen J. C. Schott Sohn eingeklagten und im Belaufe von fl. 3917. 26 kr., resp. fl. 287. 13 kr. durch das Erkenntniß vom 9. Februar 1854 rechtskräftig erstrittenen Forderungen der Kläger nach Abzug des aus der unabgenommen gebliebenen Waare mit fl. 1342. 42 kr. gewonnenen Auctions-Erlöses, noch ein bedeutender Restbetrag ungetilgt sei, erledigt sich dann auch nicht nur von selbst die Einrede der Zahlung, sondern es kann zugleich, soviel

2) das weiter von den Klägern geltend gemachte, aus des Beklagten angeblichem Societäts-Verhältnisse zu J. C. Schott Sohn entnommene Klagfundament anbetrifft, die Frage, ob und in welcher Maaßen eine solche Association in Betreff der Handlung oder doch hinsichtlich der Zunderfabrik, sowohl für rechtlich statthaft und wirksam, als für hinreichend constatirt zu erachten wäre, um so gewisser dahingestellt bleiben, als

3) die Einreden des nicht erfüllten Vertrags und des dolus, welche Beklagter von dem Gesichtspunkt aus, daß er nur in den einzelnen Waarengeschäften als Käufer mit eingetreten sei, opponirt und in jetzigem Gravamen II. weiter verfolgt hat, sich sofort als völlig grundlos erweisen. Einerseits nämlich kann der Vorwurf, die Waare sei von facturwidriger Qualität gewesen, selbst wenn man Bedenken trüge, in des Principalschuldners J. C. Schott Sohn Briefe vom 28. Juni 1851, sowie darin, daß derselbe in dem gegen ihn erhobenen Vorprozesse keinerlei Ausstellung der Art vorbrachte, ein den Beklagten ohne Weiteres bindendes Anerkenntniß des von Klägern gelieferten Schwammes zu finden, jedenfalls schon seiner vagen Unbestimmtheit wegen keine Beachtung finden. Andererseits war die Lieferung der Waare Inhalts des Briefes vom 18. December 1850 damit als rechtzeitig und gehörig von den Klägern beschafft zu erachten, daß der Rohschwamm auf deren Frankfurter Lagern gegen Zahlung des Kauf-, Fracht- und Spesen-Betrages zu der Käufer Verfügung und beliebigem Bezuge stand. Vollends endlich ist nicht abzusehen, wie der von Gerichtswegen auf Grund rechtskräftiger Condemnatoria im Executionsweg angeordnete Auctions-Verkauf der nicht abgenommenen Waare, welcher

überdieß dem Beklagten als bevorstehend angezeigt war, für eine widerrechtliche und dolose Vereitelung seines Rechts, die Waare gegen Zahlung nachträglich noch zu beziehen, hat ausgegeben werden wollen.

Verwerflich, wie hiernach die beiden ersten Beschwerden sich darstellen, war dagegen

III. der im Grav. III. und IV. weiter verfolgten Einrede der Zuvielforderung wenigstens theilweise Folge zu geben.

Ohne Grund ist es zwar, wenn Beklagter

1) darauf hin eine alsbaldige Kürzung der Condemnations-Summe um fl. 514. 43 kr. verlangt hat, weil in Folge des zweiten Kaufgeschäfts ein größeres Quantum von Schwamm gesendet worden sei, als bestellt und in dem Briefe vom 18. December 1850 bemerkt war. Denn kann gleich Beklagter aus seiner auf letzteren abgegegebenen Hafterklärung nur für die Bestellung tenent sein, so war doch aus dem übersendeten und ohne Widerspruch acceptirten Waaren-Plus jedenfalls J. C. Schott Sohn für seine Person und Handlung zahlpflichtig gegen ihn, also die Einklagung des rückständigen Kaufpreises bis zum vollen Belauf der effectiv gesendeten Waare möglich, und würde von dem Auctions-Erlöse die Deckung zunächst auch für jenes Waaren-Plus zu entnehmen gewesen, resp. jetzt noch abzurechnen sein. Obschon daher der fragliche Kürzungsantrag schon im ersten Verfahren, obwohl in sehr unbestimmten, erst durch die Erläuterungen zweiter und jetziger Instanz verständlich gewordener Weise vorgebracht ist, und nicht sowohl für verspätet, als nur für nicht gehörig substantiirt zu gelten hätte, so verdient er doch materiell keine Berücksichtigung. Denn zu dem Belauf, um welchen der eingeklagte Schuldbetrag wegen dieser Differenz zwischen Lieferung und Bestellung zu kürzen wäre, würde auch der dem Beklagten zu gute gerechnete Auctions-Ertrag sich vermindern, und mithin die Condemnations-Summe dieselbe bleiben müssen.

Anders dagegen steht es

2) mit dem Antrag auf weiteren Abzug von fl. 728, welcher darauf gegründet wird, daß für die zweite Waaren-Parthie,

obwohl von den 38 Ballen, aus welchen solche bestanden, bis zu dem Tage, wo Beklagter jene Mithaft übernahm, bereits sieben bezogen und bezahlt waren, doch der volle Geldbetrag des ganzen Quantums sowohl in dem Vorprozesse gegen J. C. Schott Sohn, als bei den jetzigen Verhandlungen in Ansatz geblieben sei.

Für verspätet kann dieses in dem vom Gegner nicht beanstandeten Nachtrage zur Exceptionsschrift bereits vorgebrachte auch in ausreichender Verständlichkeit substantiirte Verlangen einer entsprechenden Kürzung des fraglichen Rechnungspostens nicht erachtet werden. Ebenso wenig kann daraus ein formelles Bedenken gegen dessen Zulässigkeit erwachsen, daß in seinem Briefe vom 28. Juli 1851 J. C. Schott Sohn selbst für die zweite Sendung den Betrag von fl. 3942. 58 kr. in Ansatz gebracht, auch in dem Vorprozesse, wo von Klägern für 31 restirende Ballen gleichfalls die volle Summe berechnet war, dieserhalb keine Monitur erhoben hat. Denn in jenem Briefe findet sich gerade bei der Ballenzahl eine unverkennbare Correctur, und daß J. C. Schott Sohn das ihn in einen zu hohen Betrag condemnirende Erkenntniß hat rechtskräftig werden lassen, präjudicirt dem Beklagten, welcher nicht eine cautio judicatum solvi übernommen hat, um so weniger, als er bei jenem Vorprozesse weder concurrirt hat, noch dieß zu thun die Aufforderung oder sonstige Veranlassung erhielt.

Zugleich ist der erhobene Einwand nicht nur für durchaus wohlbegründet zu erachten, sondern auch in Betreff der angesetzten Summe für ausreichend liquid anzusehen. — — — — —

Es würde daher um den Betrag von fl. 728 die Condemnations-Summe der vorderen Erkenntnisse ohne Weiteres definitiv zu kürzen gewesen sein, wenn nicht Kläger replicando diesen zu hohen Ansatz damit, daß für den aus der ersten Sendung unabgenommen gebliebenen Waarenrest von sieben Ballen ein im Verhältniß zu dieser Zahl zu geringer Ansatz gemacht sei, durch ein deßfallsiges besonderes, ausreichend substantiirtes Abkommen zu erklären gesucht hätten, worüber ihnen, wie geschehen, Beweisführung annoch nachgelassen werden mußte.

Mit diesem replicarischen Vorbringen in Verbindung steht endlich

3) die den Gegenstand des Grav. IV bildende, duplicarische Behauptung des Beklagten, daß die Abzahlungen, welche bis zum Tage seiner Haftübernahme an Thomae für bezogene Waare von J. C. Schott Sohn geleistet wären, fl. 100. 56 kr. mehr betrügen, als man klägerischerseits angegeben und in Ansatz gebracht habe. Ob der wegen deßfallsigen Beweisnachlasses vom Beklagten schon in voriger Instanz gestellte, jetzt wiederholte Antrag, wie in der Sent. a qua geschehen, als verspätet und formell verwerflich bezeichnet werden könne, dürfte mithin um so fraglicher sein, als Beklagter durch jenes Vorbringen nur ein Neben-Argument der Replik hatte entkräften oder doch schwächen wollen. Dafür nämlich, daß der Gesammtbetrag der zweiten Sendung für deren Rest aus dem Grunde beibehalten und festzuhalten sei, weil man sämmtliche auf beide Partheien bis zum 28. Juni 1851 eingegangenen Zahlungen auf den Kaufpreis der ersten allein abgeschrieben habe, hatten Kläger (unter dem Bemerken, diese Zahlungen hätten fl. 2825. 18 kr. betragen) auch dieß relevirt, daß unter Zurechnung dieser Summe zu der auf die erste Sendung eingeklagten, angeblich zu geringen Summe von fl. 1074. 28 kr. genau der Factura-, resp. Spesen- und Fracht-Betrag der ersten Sendung sich ergebe; und dem gegenüber nur ward vom Beklagten duplicando behauptet, jene Abzahlungen an Thomae hätten sich auf fl. 100. 56 kr. höher belaufen. Allein gerade diese nicht sowohl exceptivische als reprobatorische Tendenz der duplicarischen Angabe des Beklagten, es hätten die bis zum 28. Juni 1851 erfolgten Zahlungen fl. 2926. 14 kr. betragen, macht es einerseits unzulässig, den beantragten Beweis in der Richtung einer exceptio solutionis et pluspetitionis, als welche überall gar nicht vorgeschützt ist, vorzubehalten, während andererseits zu dem Zwecke, für welchen jene Entgegnung vorgebracht ist, es eines Vorbehalts nicht bedarf, indem, falls Kläger jenes Argument für das ihnen zum Beweise verstellte replicarische Vorgeben sub 2 weiter geltend zu machen, und durch den jedenfalls erforderlichen Ausweis über die früheren Zahlungen und deren Betrag zu unterstützen versuchen sollten, der allgemeine Vorbehalt des Gegenbeweises ohnehin schon dem Beklagten, wenn er solches sonst vermag, die Möglichkeit gewährt, die Unrichtigkeit der Prämisse darzuthun, auf welche jene klägerische Deduction sich gründet.

In dieser Hinsicht war sonach zu einer Aenderung der Sent. a qua Anlaß nicht gegeben, und bedarf es im Uebrigen keiner Rechtfertigung, daß wegen der ad 2 erfolgten, wenn auch nur partiellen, doch nicht unerheblichen Aenderung der Sent. a qua, welche selbst schon in einem einzelnen Punkte der beklagtischen Beschwerdeführung Folge gegeben hatte, eine Compensation der Kosten für die beiden oberen Instanzen sachgemäß erschien.

122.

Moritz Heeger Wittwe, geb. Metro, jetzt Johann Berth, Ehefrau zu Coblenz, Klägerin gegen **J. A. Varrentrapp,** als General-Agenten der Lebensversicherungs-Gesellschaft für Gesunde und Kranke in London, Beklagten, eine Lebensversicherung von 1200 Thlrn. betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 21. November 1855.

In Erwägung daß

1) — — — — — — — — — — — —

2) die von dem Beklagten auf Entziehung des der Klägerin ertheilten Armenrechts und auf Ableistung des Gefährdeeides gestellten Anträge zu verwerfen sind, da nach Inhalt des Interimsscheins und des Briefes des Beklagten der Besitz dieses Scheines die Klägerin zur Erhebung der betreffenden Versicherungssumme legitimirt,

3) der Tod des Ehemannes der Klägerin, dessen Leben von dem Beklagten versichert worden, genügend dargethan ist,

4) — — — — — — — — — — — —

5) zwar nach der Einräumung des Beklagten der Ehemann der Klägerin nicht als eine ganz gesunde Person betrachtet und daher die Versicherungs-Prämie in einem erhöheten Ansatz bezahlt worden ist,

6) jedoch der vorgedachte Umstand, obgleich die zu den Acten gebrachten Gesellschafts-Statuten hierüber nichts Näheres enthalten, die Zulässigkeit der Anfechtung des Versicherungs-Vertrages keineswegs in dem Falle ausschließen kann, wo der Versicherte rücksichtlich der in [8] enthaltenen wesentlichen Punkte unwahre Angaben gemacht haben sollte, indem schon im Allgemeinen anzunehmen ist, daß der Versicherer, wenn er hiervon Kenntniß gehabt hätte, den Versicherungs-Vertrag nicht abgeschlossen haben würde, und überdieß im Schlußsatze des [8] dieserhalb ein ausdrücklicher Vorbehalt vorliegt,

daß

7) der Beklagte solche unwahre Angaben in Bezug auf die Fragen 3, 8, 10, 11, 16, 18 behauptet und insbesondere angeführt hat,

a) der Versicherte habe in größter Armuth und Noth gelebt und nicht die Mittel besessen, die Prämie nach seiner Angabe zu entrichten und später deren halbjährige Zahlung fortzusetzen,

b) derselbe habe zur Zeit, als er den Versicherungs-Antrag gestellt, als Schwindsüchtiger das Zimmer nicht mehr verlassen können, im vorhergehenden Sommer am Blutspeien gelitten und nach der ihm später widerfahrenen Mißhandlung sei sein Zustand noch schlimmer geworden,

c) derselbe sei wegen seines liederlichen Lebenswandels aus der Schaffhausen'schen Fabrik entlassen worden,

d) derselbe habe zwar geantwortet, daß er keinen Arzt habe und gehabt habe, während er doch vor dem Versicherungs-Vertrage von den Aerzten Dr. Mayer und Dr. Eulenberg wegen Blutspeiens ärztlich behandelt worden sei,

daß

8) hiernach der Beklagte zu dem Beweise der vorgedachten Behauptungen zuzulassen, auch nach der Sachlage dieser Beweis cumulativ zu normiren ist, es jedoch für den Fall, daß nicht sämmtliche Thatsachen erwiesen werden sollten, dem Richteramt anheimgestellt bleibt, das Gewicht der einzelnen erwiesenen Thatsachen zu beurtheilen,

wird für Recht erkannt:

I. — — — — — — — — — — — —

II. — — — ist der Beklagte schuldig, der Klägerin die Summe von 1200 Thlrn. nebst Verzugszinsen zu 5 % seit der Insinuation der Klage (10. Mai 1855) zu bezahlen und die Streitkosten zu ersetzen, er könnte denn binnen einer noch vorzuberaumenden Frist vorbehältlich des Gegenbeweises die vorstehend unter 7) a, b, c, d, erwähnten Thatsachen rechtsgenügend darthun, worauf sowohl in der Hauptsache, als wegen der Kosten weitere rechtliche Verfügung erfolgen soll.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 5. März 1856.

Auf beiderseitige Appellation.

1) — — — — — — — — — — — —

2) — — — — — — — — — — — —

3) Soviel die dritte Beschwerde des Beklagten und die beiden Beschwerden der Klägerin betrifft, welche sich sämmtlich auf den nachgelassenen Beweis beziehen, so ist das Nachfolgende zu befinden.

Von beklagter Seite ist zugegeben, „daß die Gesellschaft nach Maaßgabe des dem Versicherungs-Antrage beigefügten ärztlichen Zeugnisses den Versicherten nicht als eine ganz gesunde Person betrachten und folgeweise dessen Versicherungs-Antrag nur zu einem erhöheten Prämiensatze annehmen konnte." Hieraus folgt aber, daß die Erklärung [8] nicht die alleinige Grundlage für den Versicherungs-Vertrag gebildet hat, da der Versicherte nach dieser Erklärung als gesunde Person zu betrachten gewesen sein würde. Zur Anfechtung des Versicherungs-Vertrages können daher nur solche nach [8] gemachte, unrichtige Angaben des zu Versichernden geltend gemacht werden, welche in der dolosen Absicht gemacht worden sind, die Versicherungs-Gesellschaft bezüglich des Gesundheitszustandes des zu Versichernden absichtlich zu hintergehen, während es im Uebrigen Sache der versichernden Gesellschaft war, ihrerseits sich über die Lebensverhältnisse des zu Versichernden geeignete Auskunft zu verschaffen. Namentlich kann die unter a) zum Beweise verstellte Thatsache nicht als solche betrachtet werden, welche in dieser Beziehung von entscheidender Relevanz ist, von dem zu Versichernden anzugeben gewesen wäre, und zum Beweis zu verstellen ist.

Dagegen ist mit Recht der Beweis der unter b, c und d angeführten Thatsachen dem Beklagten nachgelassen worden, da dieselben, zumal in ihrer Verbindung, genügend erscheinen, um, wenn sie unter dem im stadtgerichtlichen Erkenntniß enthaltenen Vorbehalt cumulativ dargethan werden, den Beweis der dolosen Absicht darzuthun.

Aus diesen Gründen wird das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 21. November 1855 jedoch mit der Abänderung bestätigt, daß der darin hinsichtlich der unter 7) a, b, c, d angeführten Thatsachen

nachgelassene Beweis auf den Beweis der Thatsachen unter 7) b, c und d beschränkt wird.

Die Kosten dieser Appellationen werden verglichen und die Rücksendung der Acten verordnet.

Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation der Klägerin durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 18. Mai 1857 unter Verurtheilung der Appellantin in die Kosten bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die Klägerin gründet

I. ihren Antrag, den Beklagten mit Abschneidung der ihm nachgelassenen Beweise sofort zu verurtheilen, auf den doppelten Einwand:

A. Die Einrede, daß der versicherte Heeger über seinen Gesundheitszustand und seine Lebensweise wissentlich unrichtige Angabe gemacht habe, und deßhalb die geschlossene Versicherung unverbindlich sei, dürfe der Klägerin, als Besitzerin eines Interimsscheines, welcher eine auf den Inhaber gestellte Police vertrete, nach der besondern Natur der Papiere au porteur gar nicht opponirt werden.

B. Die angeblich unrichtigen Angaben, aus welchen diese Einreden hergenommen werden, seien unerheblich, weil der Beklagte ohnehin den verstorbenen Heeger nicht als einen gesunden, sondern als einen Kranken versichert habe.

Beide Einwendungen sind aber völlig unbegründet.

Was

ad A. die erstere betrifft, so kann es ganz unerörtert bleiben, in welchem Sinn im vorliegenden Falle der Beklagte die Police, welche der von ihm ertheilte Interimsschein vertritt, auf den Inhaber zu stellen zugesagt hat, sowie ferner, ob die Klägerin den gegenwärtigen Anspruch wirklich nur als Besitzerin des Interimsscheins oder kraft Successionsrechts erhoben hat, und ob überhaupt den auf Inhaber gestellten Lebensversicherungs-Policen die rechtliche Eigenschaft eigentlicher Papiere au porteur beiwohnt. Denn wollte und könnte man in allen diesen Beziehungen auch die der Klägerin günstigste Auffassung theilen, was übrigens dem größten Bedenken

unterliegt, so würde gleichwohl der aus der Natur der auf den Inhaber lautenden Papiere hergenommene Einwand sich als ein unbegründeter darstellen.

Was Schuldverschreibungen, die auf den Inhaber lauten, von den auf den Namen gestellten unterscheidet, ist nicht, daß sie als Träger der obligatio zu betrachten sind, sondern daß der bloße Besitz des Papiers in der Regel genügt, um die Forderung aus dem Rechtsgeschäfte, welches das Papier beurkundet, wenn und insoweit eine solche existirt, geltend machen zu können, daß also mit anderen Worten der Besitz der Urkunde die Legitimation ersetzt. So allgemein daher auch von manchen neueren Schriftstellern der Satz aufgestellt wird, daß bei Papieren au porteur keine Einreden aus der Person des ursprünglichen Gläubigers oder anderer früherer Inhaber statthaft seien, so muß doch dieser theilweise auf einer von der obigen abweichenden Auffassung der rechtlichen Natur solcher Papiere beruhende Satz nothwendig einer Beschränkung unterliegen.

Daraus, daß der Inhaber eines solchen Papiers nicht nöthig hat, den Rechtstitel nachzuweisen, durch welchen das Forderungsrecht auf ihn übergegangen ist, folgt zwar mit Nothwendigkeit,

1) daß solche Einreden, welche gegen diesen Rechtstitel sonst geltend gemacht werden könnten, also namentlich die der L. Anastasiana, hier hinwegfallen, sowie

2) daß der Schuldner solche Einreden, welche ihm etwa gegen die früheren Besitzer des Papieres, die Zwischenmänner, zugestanden haben möchten, oder erst nach der Emission des Papiers erworben sind, dem gegenwärtigen Inhaber nicht opponiren kann.

Allein etwas Weiteres folgt daraus nicht.

Zwar dient das auf die Inhaber gestellte Schulddocument außer zur Legitimation des Inhabers auch zum Beweise des Rechtsgeschäfts, worüber es ausgestellt ist; allein darin findet zwischen solchen Papieren und den auf Namen gestellten kein Unterschied Statt. Kann also der Rechtsbestand und die Gültigkeit dieses Geschäfts aus irgend einem Grund angefochten werden, so kann eine dahinzielende Einrede dem durch den bloßen Besitz legitimirten Inhaber so gut wie dem durch einen bestimmten Titel legitimirten Besitzer vom Schuldner opponirt werden.

Nun aber ist es schon nach allgemeinen Grundsätzen ausgemacht, daß bei Versicherungscontracten jedes Verfahren des Versicherten, welches den Versicherer zu einer falschen und geringern Schätzung der von ihm zu übernehmenden Gefahr verleitet, ihn berechtigt, den Vertrag als ungültig anzufechten und sich der Bezahlung der Versicherungssumme zu weigern. Ueberdieß enthält das Formular der Declaration, welches im vorliegenden Falle die Grundlage des Vertrages bildet, diesen Grundsatz in großer Allgemeinheit.

Hätte daher der Versicherte Heeger gegen diesen Grundsatz verstoßen, so würde die ganze Versicherung als ungültig angefochten werden können, und der Einwand, daß der Klägerin keine Einreden aus der Person ihres Auctors entgegengesetzt werden dürfen, ist ein völlig unzutreffender, weil dieser Auctor der Versicherte selbst ist, der durch sein Verfahren die Ungültigkeit des ganzen Versicherungs-Vertrags bewirkt haben würde.

Gleich unbegründet ist

ad B. der zweite Einwand.

Zwar hat der Beklagte zugegeben, daß bei Abschluß des Versicherungs-Vertrages mit Heeger nicht die wahrscheinliche Lebensdauer eines Gesunden, sondern die eines Kranken zum Grunde gelegt sei, und aus dem in contumaciam für zugestanden zu erachtenden Verhältnisse der in diesem Falle berechneten Prämie zu derjenigen, welche nach dem Tarife der beklagtischen Gesellschaft ein Gesunder vom Alter des Heeger zu zahlen gehabt haben würde, folgt allerdings, daß der Beklagte, dessen Gesundheitszustand nach dem Zeugnisse des Dr. Schlegel in Coblenz für nicht unbedenklich erachtet, daß er vielmehr eine Disposition zur Schwindsucht bei ihm vorausgesetzt hat. Allein diese Disposition kann bei einem Individuum im Allgemeinen vorhanden sein und gleichwohl, wenn überall, doch namentlich bei geordneter Lebensweise oft erst spät zur Entwickelung kommen, und die gegenwärtige Versicherung war nur auf fünf Jahre übernommen. Hat also der Versicherte — und dahin gehen die hauptsächlichsten dem Beklagten zum Beweise verstellten Behauptungen — zur Zeit, als er den Versicherungs-Antrag stellte, als Schwindsüchtiger das Zimmer nicht mehr verlassen können, schon im vorhergehenden Sommer an Blutspeien gelitten und durch eine ihm gewor-

dene körperliche Mißhandlung eine Verschlimmerung seines Zustandes erfahren, ist er vor dem Versicherungs-Antrage wegen Blutspeiens successiv von mehreren Aerzten behandelt worden, so sagt es sich von selbst, daß der Beklagte, wenn ihm diese Thatsachen nicht verschwiegen worden wären, gerechtes Bedenken getragen haben würde, auf die Versicherung eines solchen Lebens so, wie geschehen, sich einzulassen.

Nun hat zwar die Klägerin

II. in voriger Instanz eine eventuelle Beschwerde dahin gestellt, daß die Behauptungen unter a und c des Stadtgerichts-Erkenntnisses dem Beklagten zu beweisen nachgelassen seien, und da dieser Beschwerde, soviel die Behauptung unter a betrifft, vom Appellations-Gerichte durch Streichung des betreffenden Beweises stattgegeben ist, und die Klägerin die eventuelle Beschwerde als solche in dieser Instanz nicht wiederholt hat, so könnte es zweifelhaft erscheinen, ob sie die besondere eventuelle Anfechtung des Beweises sub c in dieser Instanz habe wiederholen wollen. Da indessen ihre hier aufgestellte Beschwerde dahin lautet, daß der Beklagte zu den Beweisen unter b, c und d zugelassen sei, auch die Klägerin sich zur Rechtfertigung derselben zunächst ganz allgemein auf die Voracten bezogen hat, so waren die besonderen in voriger Instanz geltend gemachten Gründe gegen den Beweis ad c, welcher dahin geht,

> daß der Versicherte wegen seines liederlichen Lebenswandels aus der Schaffhausen'schen Fabrik entlassen sei,

allerdings noch zu prüfen.

Dieselben konnten jedoch für zutreffend nicht erachtet werden.

Wenn die Klägerin sich nämlich

1) darauf beruft, daß das fragliche Factum ein völlig irrelevantes sei, so ist es freilich richtig, daß, wenn etwa nur bewiesen würde, daß der Versicherte wegen eines einzelnen Excesses aus der fraglichen Fabrik entlassen worden, dieß ohne alle Erheblichkeit sein würde, indem es nur darauf ankommt, ob der Versicherte einem ausschweifenden liederlichen Leben in dem Grade sich hingegeben gehabt, daß es nachtheilig auf seine ohnehin zur Schwindsucht disponirte Constitution hat einwirken können. Da sich aber nicht voraussehen läßt, ob der nachgelassene Beweis der speciellen Thatsache nicht zu diesem relevanten Resultate führen wird, so konnte aus dem

Gesichtspunkte der Irrelevanz die gänzliche Streichung des Beweises nicht erfolgen.

Eben deßhalb kommt es darauf, worauf

2) die Klägerin sich beruft, daß laut der Declaration über dieses specielle Factum keine Frage an den Versicherten gestellt worden ist, nicht an, da der Beklagte dasselbe nur als speciellen Beweisgrund dafür geltend gemacht hat, daß der Versicherte wahrheitswidrig seinen Lebenswandel als einen soliden bezeichnet habe.

Ueberhaupt kommt in dieser Beziehung in Betracht, daß das Stadtgericht dem Beklagten die von ihm zu führenden Beweise cumulativ auferlegt und für den Fall, daß sie nicht alle sollten geführt werden, einen geeigneten Vorbehalt gemacht hat, so daß für die Klägerin kein Grund zur Besorgniß vorliegt, es werde das Stadtgericht, wenn der Beweis sub b und der damit zusammenhängende sub d sollte verfehlt werden, bloß auf die Führung des Beweises sub c hin die Klage abweisen.

Mußte es sonach bei dem vorigen Erkenntnisse sein Verbleiben behalten, so lag auch kein Grund vor, die Klägerin nicht in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

123.

Ludwig Seeger zu Oberrad, Kläger wider **Thomas Lack** und **Consorten** daselbst, Beklagte, Gesellschaftsvertrag betreffend.

Urtheil des Stadtgerichts I.

vom 21. September 1855.

In Erwägung, daß

1) aus den eingesehenen rechneiamtlichen Acten sich ergibt, daß die Accisserhebung in der Gemeinde Oberrad für die Jahre 1854 bis 1856 von dem Kläger, dem Beklagten und dem Schultheißen Spicharz als Pächter übernommen worden ist, — mithin

2) diese Accispächter zu einander in dem rechtlichen Verhältniß von Mitgliedern einer Gesellschaft und zwar — da von denselben ein Gewinn nicht beabsichtigt wird — einer sogenannten societas simplex stehen;

3) die erhobene Klage daher als eine actio pro socio zu betrachten ist und als solche der Cognition der Gerichte unterliegt, gleichwie denn auch es deren Zulässigkeit nicht im Wege steht, daß dieselbe nicht gegen sämmtliche Socios des Klägers gerichtet ist,

(argumento fr. 2. § 4 fam. hercisc. 10. 2.
Beyer, Civilprozeß, edit. 7. pag. 31.);

4) die Erhebung der Accise nach Maaßgabe des Tarifs in § 1 des Gesetzes vom 16. Juli 1839

(Gesetz= und Stat.=Sammlung Band VII., S. 151.)

und unter verhältnißmäßiger Reduction der daselbst befindlichen Steueransätze von jedem einzelnen Steuerpflichtigen je nach dessen wirklichem Verbrauch als die correctere erscheint und eine andere Erhebungsweise, sowie namentlich die von den Accispächtern bisher befolgte zwar — wie sich aus dem letzten Absatz des § 2 des vorerwähnten Gesetzes ergibt — nicht an sich ausgeschlossen ist,

jedoch nach der Rechtsregel in re pari potiorem causam esse prohibentis nur dann für zulässig erachtet zu werden vermag, wenn sämmtliche Accispächter — welche weder, wie Kläger vermeint, die Gemeinde vertreten, noch ein Collegium bilden — und nicht bloß deren Majorität über eine solche Erhebungsweise miteinander einverstanden sind;

5) die bisherige Erhebungsweise ohnedieß das Interesse des Klägers gefährdet, indem im Falle der Insolvenz eines Steuerpflichtigen die Quote der übrigen in Betracht der mit denselben abgeschlossenen Vereinbarung nicht erhöht werden könnte, und der hierdurch entstehende Ausfall von den Accispächtern zu tragen wäre;

I. wird den Beklagten aufgegeben, die Erhebung der Accise für die Jahre 1855 und 1856 nicht nach Maaßgabe der Anlage C. zur Klage zur Ausführung zu bringen, und

II. sind dieselben schuldig, dem Kläger die entstandenen Prozeßkosten zu ersetzen.

Urtheil des Appellationsgerichts

vom 21. November 1855.

Auf Appellation der Beklagten.

Die Zuständigkeit der Gerichte für den vorliegenden Fall ist von den Beklagten mit Unrecht beanstandet, da der Gegenstand des Streits Rechte und Verpflichtungen aus einer vertragsmäßigen Gemeinschaft, insbesondere die Frage betrifft, inwiefern in dieser Gemeinschaft die Ansicht der Mehrheit die Minderheit verpflichtet. Ebenso verwerflich ist die Einrede der nicht recht gewählten Beklagten, da, wie das stadtgerichtliche Erkenntniß hervorgehoben hat, dem Kläger unverwehrt ist, sein wirkliches oder vermeintliches Recht auch gegen Einzelne aus der Gemeinschaft geltend zu machen.

Dagegen muß die Klage aus einem anderen Grunde verworfen werden.

Das Stadtgericht hat gefunden und ausgesprochen, daß die von dem Kläger vertheidigte Steuererhebungsweise die correctere, die

von den Beklagten angenommene jedoch in dem Gesetze nicht ausgeschlossen sei. Nach diesem, der Rechtskraft fähigen und dem Kläger gegenüber rechtskräftigen Ausspruche kommt es jetzt nur darauf an, ob dem Widerspruche des Klägers gegen das von den Beklagten beschlossene, den Vorschriften des Gesetzes nicht widerstreitende Verfahren aus anderen Gründen ein hindernder Einfluß eingeräumt werden muß?

Das Stadtgericht hat dem Widerspruche des Klägers, mit Bezugnahme auf die Rechtsregel der L. 28. D. comm. div. und der Cap. 56 de reg. juris in VI[to] „in re communi potior est conditio prohibentis" durch Verurtheilung der Beklagten die vollste Wirkung zugestanden.

Das jus prohibendi der angezogenen Stellen ist nun aber kein unbedingtes; es wird dabei vorausgesetzt, daß der Beschluß der Mehrheit das Interesse des prohibens nachtheilig berühre; es fällt hier weg, wenn der fragliche Beschluß dem Widersprechenden unschädlich oder überhaupt angemessen ist.

Glück, Pandecten, Bd. 11, S. 134 bis 138.

In dem vorliegenden Falle steht nach dem vorerwähnten rechtskräftigen Ausspruche des Stadtgerichts fest, daß das Verfahren der Beklagten mit dem einschlagenden Gesetz übereinstimmt, demnach als angemessen betrachtet werden muß; es bleibt also nur zu prüfen übrig, ob dadurch, wie das Stadtgericht unter 5 seiner Entscheidungsgründe annimmt, das Interesse des Klägers benachtheiligt wird?

Zu einer Bejahung dieser Frage bieten die gepflogenen Verhandlungen keinen Anlaß dar.

1) Die Klage enthält selbst nicht einmal eine Andeutung dafür, daß das Interesse des Klägers durch das Verfahren der Beklagten benachtheiligt werde; sie bekämpft überall nur die Zweckmäßigkeit, Richtigkeit und Gesetzmäßigkeit des Beschlusses der Beklagten.

2) Erst in der Replik, obgleich dieselbe den erwähnten Grundgedanken der Klage durchweg festhält, wird auf Seite 2 und 25 das Interesse des Klägers durch die Bemerkung, resp. Andeutung erwähnt, daß dem Verpächter gegenüber eine solidarische Verpflichtung der Pächter bestehe, und daß durch Tod oder Zahlungsunfähigkeit eines

pactirt habenden Steuerpflichtigen dem Pächter Verlegenheit bereitet werden könne.

3) Es kann aber hierin eine besondere Benachtheiligung des Klägers nicht gefunden werden, indem

a) eine Benachtheiligung des Klägers keineswegs wirklich bereits vorhanden, vielmehr nur hypothetisch ist, übrigens

b) durch Sicherungsregeln (Vorausbezahlung, Bürgschaft und dergl.) vermieden werden kann, endlich

c) die Gefahr — und von etwas weiterem ist zur Zeit nicht die Rede — für den Kläger nicht größer ist, ob der Betrag der Steuer durch Pactirung mit den Pflichtigen im Voraus festgesetzt und nach dieser Festsetzung in bestimmten Terminen bezahlt, oder ob in denselben Terminen mit jeden einzelnen Pflichtigen Rechnung gepflogen und nach dem Ergebnisse der Verbrauchsrechnung von den Pflichtigen Zahlung geleistet werden soll. In beiden Fällen wird Tod oder Zahlungsunfähigkeit des Pflichtigen ganz dieselbe Wirkung für den Pächter zur Folge haben.

Aus diesen Gründen wird das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 31. September 1855 wieder aufgehoben und abändernd erkannt:

I. daß der Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen und schuldig ist, die in erster Instanz entstandenen Kosten den Beklagten zu erstatten.

II. Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden verglichen und sind die Voracten zurückzusenden.

Vorstehendes Erkenntniß wurde auf Appellation des Klägers durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 18. Mai 1857, unter Verfällung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz, bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Wie die adjungirten Acten des Rechnei- und Renten-Amtes ergeben, haben der Kläger, die Beklagten und der Schultheiß Spicharz die Accis-Erhebung in der Gemeinde Oberrad für die Jahre 1854,

1855 und 1856 in der Weise als Pächter übernommen, daß sie, wegen Ueberlassung der Accis-Erhebung für die genannten 3 Jahre an sie, versprochen haben, jährlich fl. 1380 in Quartal-Raten an das Rechnei- und Renten-Amt zu zahlen und für deren richtige Zahlung Einer für Alle und Alle für Einen zu haften.

Die Partheien sind darüber einverstanden, daß aus diesem Verhältnisse von den sogenannten Accis-Pächtern ein Gewinn nicht erzielt werden dürfe und solle, sondern ihre Aufgabe nur die sei, in jedem Jahre die genannte Aversionalsumme, die sich durch eine hinzukommende Remuneration für den die Erhebung besorgenden Schultheißen auf fl. 1470 erhöht, von den Accis-Pflichtigen der Gemeinde aufzubringen und bestimmungsgemäß zu verwenden.

Ueber die Art und Weise der Repartition und Erhebung aber haben sich für das Jahr 1855 Differenzen erhoben. Während Kläger der Ansicht ist, daß sämmtliche accispflichtige Gegenstände eines jeden einzelnen Einwohners nach dem gesetzlichen Tarif angeschlagen, der Accisbetrag Aller zusammengezählt, die hierdurch sich ergebende Summe mit der aufzubringenden Summe von fl. 1470 verglichen und nach derjenigen Proportion, in welcher die erstere die letztere übersteige, der Beitrag eines jeden Einzelnen herabgesetzt werden müsse, haben die Beklagten gemeinschaftlich mit dem Schultheißen Spicharz und unter Widerspruch des Klägers den Beschluß vom 27. März 1855 gefaßt, worin sie (jedoch nur zum Zweck einer auf dieser Grundlage mit den einzelnen Accispflichtigen zu treffenden Vereinbarung) von vorn herein gewisse Kategorien aufgestellt und in jeder derselben den dazu gehörigen Einzelnen bestimmte Bauschsätze zugewiesen haben, deren Summe dem aufzubringenden Betrag von fl. 1470 gleichkommt.

Kläger hat nun mittelst einer beim Stadtgericht erhobenen Klage verlangt, daß dieser Beschluß als willkührlich und gesetzwidrig aufgehoben werde.

A. Mit dieser Klage bezweckt er — wie er dieß noch in gegenwärtiger Instanz ausdrücklich erklärt hat — zunächst im öffentlichen Interesse, mit dessen Wahrung er durch den fraglichen Pachtvertrag beauftragt sei, es zu verhindern, daß von der Majorität der Accis-Pächter ein Verfahren eingeschlagen werde, welches mit der

Pflicht der Letzteren, für eine gleichmäßige, der Billigkeit entsprechende Vertheilung der Beiträge zu sorgen, im Widerspruch stehe.

Es ist jedoch klar, daß dieses Interesse kein privatrechtliches, also zur Verfolgung mittelst einer Civilklage nicht geeignet ist. Kläger glaubt das Gegentheil deßhalb annehmen zu können, weil es sich hier um ein Geschäft handele, hinsichtlich dessen er mit dem Beklagten in einem Vertrags- und zwar einem Societäts-Verhältnisse stehe. Allein es ist allgemein anerkannt, daß Gegenstand obligatorischer Verträge nur Handlungen sein können, welche sich auf einen Vermögenswerth zurückführen lassen,

Puchta, Pand. § 220. Nr. 3.
Savigny, Obligat. Recht I. Seite 9.

und folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß als Verletzung eines bestehenden Obligationsverhältnisses auch nur solche facta in Betracht kommen können, durch die das vermögensrechtliche Interesse des andern Theiles beeinträchtigt wird. Daß sich die Sache beim Societäts-Vertrag anders verhalte, daß hier dem Gesellschafter ein mittelst einer Civilklage verfolgbares Einspruchsrecht gegen Handlungen seiner Genossen zustehe, die sein vermögensrechtliches Interesse gar nicht berühren, ist nach allgemeinen Rechtsprincipien nicht anzunehmen, und läßt sich auch aus der Analogie von

L. 28. D. comm. div. (10. 3)

nicht deduciren. Denn wenn gleich im Eingange dieser Stelle ganz allgemein von einem „quidquam facere invito altero" und dem gegenüber von einem jus prohibendi die Rede ist, so geht doch aus dem weitern Verlaufe hervor, daß nur an ein facere gedacht wird, welches mit einem „damnum," einer „laesio" für den andern Theil verbunden ist; und so wird auch die Stelle von den Auslegern verstanden.

Glück, Erläut. XI. Seite 134. 137 flg.

Es kommt hiernach gar nicht darauf an, ob das Verfahren der Beklagten an sich dem Land-Accis-Gesetz vom 16. Juli 1839, resp. den Grundsätzen der Billigkeit entspricht, sondern fragt sich lediglich

B. ob und inwieweit Kläger sein privatrechtliches Interesse — und dieß kann nach der Erörterung unter A. hier nur ein vermögensrechtliches sein — zum Gegenstande des Rechtsstreites

gemacht habe, resp. ob in dieser Beziehung die Klage für begründet zu achten sei.

1) In der Klagschrift ist ein derartiges Interesse des Klägers gar nicht zur Sprache gebracht. Die ganze weitläufige Deduction und alle darin unter 1 — 8 aufgezählten Einzelnheiten laufen nur darauf hinaus, daß der von den Beklagten beliebte Theilungs- und Erhebungs-modus zu einer ungleichen und den Einen vor dem Andern bevorzugenden Behandlung der Accis-Pflichtigen führe. Daß Kläger für seine Person dadurch beeinträchtigt werde, ist nicht behauptet; denn wenn — am Schlusse des Libells — darauf hingewiesen wird, daß sich jeder einzelne Pächter, dem Rechnei- und Renten-Amte gegenüber, solidarisch für die ganze Pachtsumme habe verpflichten müssen, so geschieht dieß nur, um nachzuweisen, daß es sich hier um eine Rechtssache handele, nämlich um ein Vertragsverhältniß, bei dem die Pächter als singuli betheiligt seien. Es ist aber nicht einmal angedeutet, daß Kläger in Beziehung auf jene seine solidarische Haftbarkeit durch das Verfahren der Beklagten verletzt oder gefährdet worden sei.

2) Die Replikschrift enthält zwar außer einer wiederholten, aber ebenso vagen Bezugnahme auf jene solidarische Haftbarkeit auch noch eine Hinweisung darauf, daß eine oder die andere derjenigen Personen, von welchen, zufolge des Beschlusses der Beklagten, die aufzubringenden fl. 1470 nach bestimmten Bauschansätzen erhoben werden sollen, sterben oder insolvent werden und dadurch ein Ausfall eintreten könnte. Allein mit dieser Hinweisung bezweckt Kläger nur zu zeigen, in welchem Maaße der Grundsatz der Gleichheit, nach dem die Steuerpflichtigen zu behandeln, durch das Verfahren der Beklagten verletzt werde, indem er davon ausgeht, daß der durch ein Ereigniß der fraglichen Art etwa eintretende Ausfall von den übrigen Mitgliedern derjenigen Kategorie, welcher der Gestorbene, resp. Insolvent gewordene angehört, gedeckt werden müsse. Daß er seine eigenen Vermögens-Interessen in der angeregten Richtung beeinträchtigt oder gefährdet erachte, und dieserhalb den fraglichen Punkt zur Sprache bringe, hat er nicht bemerklich gemacht, und man kann diese Absicht um so weniger unterstellen, als er an einer andern Stelle der Replikschrift ausdrücklich erklärt hat: „Nicht sein

Bestes, sondern das Beste seiner Mitbürger wolle er durch sein Auftreten wahren."

Wollte man aber auch hiervon absehen und annehmen, Kläger habe wenigstens in der Replikschrift eine Gefährdung seiner vermögensrechtlichen Interessen zur Sprache gebracht, darin bestehend, daß, wenn er bei der von den Beklagten beliebten Repartirung der aufzubringenden fl. 1470 auf die einzelnen Accis-Pflichtigen bleibe, der durch Todesfall oder Insolvenz eines der Letzteren etwa sich ergebende Ausfall von den solidarisch haftenden Accispächtern aus ihrem eigenen Vermögen würde gedeckt werden müssen, so könnte auch das zur Aufrechthaltung der Klage nicht führen. Denn

a) würde dieses zuerst in der Replik geltend gemachte, neue Klagfundament eine Klagänderung involviren, welche — da Beklagte dagegen protestirt haben — nicht zugelassen werden könnte, und

b) hat Kläger gar nicht behauptet, daß er jene vermeintliche Gefährdung seines vermögensrechtlichen Interesses bei den betreffenden Verhandlungen zur Sprache gebracht und darauf seinen Widerspruch gegen den Beschluß der Beklagten gegründet habe, während sich doch — nach der Erklärung der Letzteren — voraussetzen läßt, daß, wenn hierin der eigentliche und einzige Grund der Differenz gelegen hätte, die Beklagten zur Zufriedenstellung des Klägers bereit und im Stande gewesen sein würden. Endlich aber ist jedenfalls

c) die fragliche Gefahr jetzt als gänzlich beseitigt anzusehen, da die Beiträge von sämmtlichen Betheiligten bezahlt sind, und die ganze Summe von fl. 1380 für das Jahr 1855 — um welches es sich in dem gegenwärtigen Prozeß allein handelt — an das Rechnei- und Renten-Amt abgeführt worden ist.

Diesem nach ist die Klage mit Recht zurückgewiesen und mußte, ohne daß es auf eine Prüfung der von den Beklagten theils in erster, theils auch noch in gegenwärtiger Instanz vorgebrachten Einreden ankam, das angefochtene Erkenntniß, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten dieser Instanz, bestätigt werden.

124.

Philipp Jacob Fay, Kläger und Widerbeklagter gegen **Johann Martin Christoph Hackh** und **Johann Georg Schott**, Beklagte und Widerkläger, Pachtzinsforderung und Gegenforderung betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 20. Mai 1857.

Die von beiden Theilen gegen das Erkenntniß voriger Instanz aufgestellten Beschwerden betreffen theils die Verurtheilung der Beklagten in der Vorklage, theils den compensando und reconveniendo von den Beklagten geltend gemachten Anspruch auf Erstattung der von ihnen aufgewendeten Reparaturkosten, theils endlich die in gleicher Weise geltend gemachte Entschädigungsforderung derselben wegen angeblich vertragswidrig unterbliebener Reparaturen. Die Prüfung der Beschwerden war daher nach diesen drei Hauptgegenständen zu trennen.

Soviel zunächst

A. die Verurtheilung der Beklagten in der Vorklage betrifft, so haben

I. die Beklagten mittelst ihres Grav. I. ihre Beschwerde voriger Instanz wiederholt,

> daß sie so, wie geschehen, verurtheilt worden seien, während die Entscheidung über den eingeklagten Pachtzinsrest von der Entscheidung in der Widerklage abhängig zu machen gewesen wäre,
>
> eventuell die Verurtheilung nur gegen eine vom Kläger zu leistende cautio de eventualiter restituendo hätte erfolgen dürfen.

Diese Beschwerde stützt sich

1) in ihrem principalen Theile darauf, daß die Illiquidität der von den Beklagten geltend gemachten Gegenforderungen, von welcher nach den unten folgenden Ausführungen allerdings ausgegangen werden mußte, keinen Grund darbiete, in der Vorklage schon jetzt eine Verurtheilung eintreten zu lassen.

Der vorliegende Pachtcontract enthält in dieser Beziehung keine besondere Bestimmung. Denn die Behauptung des Klägers, in § 3 desselben liege die Uebereinkunft, daß der Pachter den Pachtzins unter keiner Bedingung zurückhalten oder mit demselben aufrechnen dürfe, wird durch den Inhalt dieses Paragraph in keiner Weise unterstützt. Es können daher nur die allgemeinen Rechtsregeln entscheiden.

Hier ist es nun zunächst vergeblich, wenn die Beklagten wiederholt versucht haben, ihre Vertheidigung auf die Klage so darzustellen, als sei die klägerische Forderung selbst, wegen Bestreitung des Klaggrundes, noch illiquid, oder als sei in dem exceptivischen Vorbringen zugleich die exceptio non rite adimpleti contractus enthalten, deren Zulässigkeit von sofortiger Liquidität nicht abhänge. Die erstere Behauptung konnte schon deßhalb gar nicht berücksichtigt werden, weil die jetzt wiederholte Beschwerde voriger Instanz nicht etwa darauf gerichtet ist, daß dem Kläger noch irgend ein Beweis über die gehörige Contractserfüllung von seiner Seite auferlegt werde, sondern vielmehr dahin, daß die Verurtheilung der Beklagten von der Entscheidung in der Widerklage abhängig gemacht werden solle; die Beklagten also sich bereits dem unterworfen haben, daß sie allein von der Beweislast hinsichtlich der angeblich mangelhaften Vertragserfüllung des Klägers betroffen werden. Die andere Behauptung ist aber gleichfalls unbegründet. Denn es ist, wie bereits in der Sent. a qua genügend auseinandergesetzt wurde, ganz klar, daß der Vorwurf, der Kläger sei seinen Vertragspflichten wegen baulicher Unterhaltung des verpachteten Gasthauses nicht nachgekommen, in der Exceptionsschrift gar nicht als exceptio non rite adimpleti contractus vorkommt, sondern lediglich als Fundament von compensando geltend gemachten Entschädigungsforderungen benutzt worden ist. Ohne Grund berufen sich die Beklagten dagegen auf die Exceptionsschrift; denn hier wird bloß referirt, wie die Beklagten

in ihrem Briefe vom 28. Juni 1854, jenes Vorwurfs wegen, die Zurückhaltung des Pachtzinses, welcher außerdem am 1. Juli „fällig gewesen wäre," angekündigt haben. Abgesehen davon, daß diese Ausdrucksweise sehr wohl auch von einer beabsichtigten Compensation verstanden werden kann, ist jedenfalls nur das entscheidend, was sich aus der Prozeßschrift selbst über Zweck und Richtung des dem Kläger gemachten Vorwurfs ergibt, und hier ist überall nur von einem durch jahrelange Vernachlässigung des Hauses den Beklagten verursachten, fortwährend noch wachsenden Schaden und von hieraus entspringenden Ersatzansprüchen, Gegenforderungen die Rede, und gerade da, wo das Gesammtresultat des ganzen Vorbringens zusammengefaßt wird, heißt es ausdrücklich: diese sämmtlichen Forderungen würden hiermit bis zum runden Betrage von fl. 35,000 compensando und reconveniendo geltend gemacht. Unmittelbar darauf wird zur vollständigeren Deckung für diese Gegenforderungen eventuell noch das Retentionsrecht an dem Gasthause selbst in Anspruch genommen, und gerade dieser Gegensatz macht es nur um so deutlicher, daß in Bezug auf den eingeklagten Pachtzins eine dem Zweck der Retention dienende exceptio non rite adimpleti contractus gar nicht beabsichtigt worden war. Unter diesen Umständen kann die Frage dahingestellt bleiben, ob eine Einrede in dieser Richtung überhaupt und ohne sofortige Liquidität statthaft gewesen wäre.

Kam es somit darauf an, ob die Gegenforderungen der Beklagten, ihrer Illiquidität ungeachtet, im Wege der Compensation zuzulassen waren, so fragte sich vor Allem

a) ob dies nicht, wie die Beklagten behaupten, schon deshalb hätte geschehen müssen, weil der Kläger in der Replik eine Verweisung ad separatum nicht beantragt hat.

Diese Frage mußte indessen verneint werden. Denn nimmt man auch an, daß der Kläger sich durch das Unterlassen eines solchen Antrags der gleichzeitigen Verhandlung über die Gegenforderungen unterworfen habe, so war dies doch schon deßhalb von ihm gar nicht zu vermeiden, weil die Gegenforderungen zugleich im Weg einer mit der Exceptionsschrift verbundenen Widerklage geltend gemacht worden sind. Es folgt daher hieraus nicht, daß der Kläger

auch darauf verzichtet habe, unbeschadet des Fortgangs der übrigen Verhandlungen die Zuerkennung der liquid gestellten Klagforderung zu verlangen, und es läßt sich nicht behaupten, daß dieses Verlangen gerade an den Zeitpunkt der Replik gebunden sei. Eine formelle Nothwendigkeit, die Verurtheilung in der Vorklage noch auszusetzen, lag hiernach nicht vor, womit indessen eine Mitberücksichtigung des Umstandes, daß der Kläger in erster Instanz sich darauf beschränkt hat, die Gegenforderungen als materiell unbegründet zu bekämpfen, bei dem für die Zulassung der Compensation maaßgebenden richterlichen Ermessen nicht ausgeschlossen wird.

b) Auch die weitere Behauptung der Beklagten, daß die in l. ult. § 1. C. de compensat. aufgestellte Regel bei dem Pachtverhältniß wegen dessen specieller Natur eine Ausnahme erleide, indem die Gegenforderungen des Pachters, namentlich für Verwendungen in das Pachtgut, sowohl gemeinrechtlich, als nach der Bestimmung der Reform. Theil II. Tit. 14. § 12, ohne alle Rücksicht auf Liquidität mit dem Pachtzins compensirt werden dürften, konnte nicht für begründet erachtet werden. Denn weder die Bestimmungen des gemeinen Rechts, noch die erwähnte Stelle der Reformation, enthalten in dieser Beziehung etwas singuläres für das Pachtverhältniß, sondern nur eine Anwendung der allgemeinen Regel von der Zuläßigkeit des Compensirens, und die Frage, was prozessualisch erfordert werde, um von der Compensation mit Erfolg Gebrauch zu machen, wird in ihnen gar nicht berührt. Eine nähere Motivirung hierfür ist aber entbehrlich, weil der Beschwerde der Beklagten aus einem andern Grund entsprochen werden mußte. Es konnte nämlich

c) in der Anwendung der l. ult. § 1. C. cit. auf den vorliegenden Fall der Ansicht des vorigen Urtheils nicht beigepflichtet werden. Wie der Inhalt dieser Stelle in seinem ganzen Zusammenhang aufgefaßt ergibt, enthält dieselbe keine absolute Vorschrift über Unzuläßigkeit illiquider Compensationseinreden gegen eine liquide Klage, sondern sie stellt in dieser Beziehung nur eine Regel auf, deren nähere Anwendung dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben und vermöge dessen die Unbilligkeit für den Kläger vermieden werden soll, durch weitaussehende Gegenansprüche in dem Erfolg einer liquiden Klage aufgehalten zu werden. Geht man hiervon aus, so

läßt sich nicht verkennen, daß die Art und Entstehung der Gegenforderungen hierbei von erheblicher Bedeutung ist. Während da, wo eine Gegenforderung mit der Klage in keinem Zusammenhange steht, jene Unbilligkeit fast immer evident hervortreten wird, wenn nicht die voraussichtliche Kürze und Einfachheit der noch erforderlichen Beweisaufnahme eine Ausnahme begründet, läßt sich ein Gleiches da, wo der Anspruch des Beklagten aus dem nämlichen Rechtsgeschäft herrührt, aus welchem geklagt worden ist, nicht behaupten. Vielmehr kann es für den Kläger, der den ordentlichen Prozeß erwählt hat, im Allgemeinen nicht als beschwerlich gelten, wenn das einmal eingeleitete Verfahren benutzt wird, um eine umfassende Erledigung der wechselseitigen Ansprüche aus dem streitigen Geschäft herbeizuführen und als schließliches Ergebniß zu bestimmen, welche Parthei, und wie viel sie der andern noch herauszugeben habe; auch würde hier die durch Verweisung ad separatum bewirkte Trennung zusammengehöriger Streitpunkte meistens eine unnöthige Vervielfältigung und Erschwerung der Prozesse veranlassen. Das richterliche Ermessen wird daher in diesem Falle die Gegenansprüche eher zur Compensation zuzulassen, und nur aus besonderen Gründen, z. B. wegen unverhältnißmäßiger Weitläufigkeit ihres Beweises oder anscheinender Unwahrscheinlichkeit ihres Bestehens, aus dem Prozeß auszuscheiden haben.

Mit dieser Entscheidung stimmen auch die Präjudicate des Ober-Appellationsgerichts in Frankfurtischen Rechtssachen, näher betrachtet, überein. Allerdings ist immer angenommen worden, daß die Vorschrift der l. ult. § 1. C. cit. auch im ordentlichen Prozeß und auch da, wo Gegenforderungen ex eodem negotio in Frage stehen, anwendbar sei, aber ebenso bestimmt wurde für die Anwendung selbst das richterliche Ermessen als maaßgebend erklärt, und für dieses wieder der Umstand, ob die Gegenforderungen ex eodem negotio herrührten, als einflußreich anerkannt.

Vergl. du Fay ca. Bernhard, März 1831.*)
Jäger ca. Zimmermann, November 1841.**)
Schmidt ca. Kitz, November 1842.***)

---

*) Siehe Seite 205. — **) Siehe Seite 205. — ***) Siehe Seite 206.

Insbesondere wurde in der Sache

Goldschmidt ca. Rymenans, September 1840, *)

ausgesprochen, die Regel der l. ult. § 1. C. cit. pflege bei Gegenforderungen ex eodem negotio nicht leicht mit aller Strenge angewandt zu werden, und in der Sache

Wiemer ca. Stadtkämmerei, December 1845,

der Richter habe zwar auch in diesem Falle die Befugniß, die Gegenansprüche nach seinem Ermessen ad separatum zu verweisen; die hier fragliche Gegenforderung sei aber nicht einmal connex. Wenn daher in der Sache

Strunk ca. Rolffs & Comp., October 1852, **)

gesagt worden ist, man sei stets der Ansicht gefolgt, daß eine illiquide Gegenforderung, selbst wenn sie mit der Klage auf demselben Rechtsgeschäft beruhe, nicht zur Compensation gebracht werden könne, so ist diese Aeußerung aus den vorstehend erwähnten und ausdrücklich in Bezug genommenen Präjudicaten zu erklären, und wie dadurch überhaupt nur die Anwendbarkeit der l. ult. § 1. C. cit. auf Fälle solcher Art wiederholt anerkannt werden sollte, so hat auch die Entscheidung selbst lediglich auf der concreten Beschaffenheit des Falles beruht.

Im vorliegenden Falle nun waren besondere Gründe gegen die Zulassung der Compensation nicht vorhanden. Rücksichtlich der ersten, auf Ersatz aufgewendeter Reparaturkosten gerichteten, Gegenforderung ist nicht nur die Verausgabung der berechneten Beträge außer Streit, sondern, soweit der Anspruch überhaupt für rechtlich begründet zu erachten ist, kommt es auch nach der unten folgenden Ausführung bei den meisten der fraglichen Reparaturen nur noch darauf an, ihre Nothwendigkeit nachzuweisen. Weit weniger Anschein hat allerdings die zweite auf Entschädigung gerichtete Gegenforderung; abgesehen indessen davon, daß wenigstens der mangelhafte bauliche Zustand des Hauses durch [8] der Stadtgerichtsacten einigermaßen bescheinigt ist, mußte hier doch schon der Zusammenhang mit der ersten Gegenforderung von einer verschiedenen Behandlung beider abhalten. Ueberdies kommt aber der schon oben erwähnte Umstand hinzu, daß der

---

*) Siehe Seite 207. — **) Siehe Seite 207.

Kläger in erster Instanz die Illiquidität als Grund zur Versagung der Compensation gar nicht geltend gemacht hat.

Hiernach war das Verlangen der Beklagten, ihre Verurtheilung noch ausgesetzt zu sehen, begründet, und blieb nur übrig, die Forderung des Klägers für liquid zu erklären, wobei auch die Prozeßzinsen unbedenklich schon jetzt festgestellt werden konnten, ohne daß es wegen ihres Wegfallens, soweit die Hauptforderung sich demnächst durch Compensation getilgt herausstellen sollte, als selbstverständlicher Rechtsfolge eines ausdrücklichen Vorbehaltes bedurfte.

2) Auf den eventuellen Theil der Beschwerde braucht, als nach diesem Ergebniß erledigt, nicht eingegangen zu werden.

II. Der Kläger hat sich mittelst seines Grav. I. darüber beschwert, daß die Beklagten die Zinsen von fl. 1000 des Pachtgeldes erst vom 1. October und nicht schon vom 7. Juli 1854 an bezahlen sollten.

Es ist indessen in der Sent. a qua überzeugend dargelegt worden, daß die Bestimmung in § 3 des Pachtcontractes:

> an dem halbjährigen Pachtgelde könne ein Betrag unter fl. 1000, nach Convenienz der Pachter 2—3 Monate nach der Verfallzeit, bis dahin ganz unverzinslich, erlegt werden,

keineswegs auf den Fall, wenn zur Verfallzeit mehr als fl. 3000 wirklich richtig entrichtet worden sind, beschränkt werden darf. Der Zweifel, wie sich die gedachte Bestimmung ohne diese Beschränkung mit den im Anfang des Paragraphen festgesetzten Verfallterminen (1. Juli und 1. Januar) vereinige, erledigt sich dadurch, daß dieselbe nach den Schlußworten des Paragraphen eine vorübergehende Modification der Verfalltermine für die Lebenszeit des jetzigen Klägers bilden sollte. Auch aus dem, vom Kläger weiter geltend gemachten Umstande, daß die Beklagten bereits vor dem Verfalltermine die Zahlung des ganzen Pachtzinses verweigert haben, folgt offenbar nicht, daß jene Bestimmung ihre Anwendbarkeit verliere. Die Beschwerde war daher als unbegründet zu verwerfen.

B. Anlangend den Anspruch der Beklagten auf Erstattung der von ihnen aufgewendeten Reparaturkosten, so hängt die Beurtheilung der beiderseitigen Beschwerden vorzugsweise

von der Auslegung des § 6 des Pachtvertrages ab *) und zwar kommt es hierbei auf zwei Punkte an: auf den in diesem Paragraphen ausgesprochenen Verzicht, und auf die vereinbarte Austheilung der Reparatur-Verbindlichkeit zwischen beiden contrahirenden Theilen. Eine dritte Frage, ob etwa der Ersatz-Anspruch der Beklagten durch vergebliche Aufforderung des Klägers zu jeder einzelnen, ihrerseits besorgten Reparatur als bedingt anzusehen gewesen wäre, bedarf keiner Entscheidung, da der Kläger die darauf gerichtete Beschwerde voriger Instanz gegenwärtig nicht wiederholt hat.

In der ersteren Beziehung nun unterliegt soviel keinem Zweifel, daß der Verzicht ein wechselseitiger ist, da ausdrücklich gesagt wird, kein Theil solle an den andern wegen Reparaturen und Verwendungen Entschädigungsansprüche oder Forderungen machen können. Das vorausgeschickte Motiv: die Pachter würden als ordent-

*) Derselbe lautet:

„Alle Hauptreparaturen, das heißt solche, welche das Fundament, auch Dach und Fach im Ganzen angehen und während des Laufes dieses Contracts in Ansehung des Gasthauses oder der dazu gehörigen Gebäulichkeiten nöthig werden sollten, nicht minder die sonst dem Eigenthümer gesetzlich obliegenden Reparaturen, sollen von dem Herrn Verpachter, dessen Gattin und Erben, auf das erste Ansuchen der Pachter sogleich vorgenommen werden, hingegen alle und jede in dem Hause vorfallenden Nebenreparaturen, als die der Thüren, Fenster, Fußböden, Weißen, allen und jeden Anstrich, das Pflaster im Hofe, sowie auch das Platten im Hause und allen durch das Bewohnen entstehenden Schaden im Hause, als wie auch die gewöhnlichen Dachbesteigungen, Schornsteinfeger- und Fege der Abtritte haben die Pachter zu tragen. Bezüglich der Rückgabe der verpachteten Gebäulichkeiten am Ende der Pachtung wird angenommen, daß die Pachter, als ordentliche Hausväter während der Pachtzeit, die ihnen obliegenden Nebenreparaturen vorstehendermaaßen stipulirt vornehmen lassen und die gepachteten Localitäten in einem brauchbaren Zustand zurückgeben werden, und es soll daher kein Theil an den andern wegen Reparaturen und Verwendungen in die Gebäulichkeiten Entschädigungsansprüche oder Forderungen machen können. Der Herr Verpachter behält sich vor, jedes Jahr eine Besichtigung mit Sachverständigen im Hause vorzunehmen, um sich zu überzeugen, daß von den Pachtern nach Inhalt des Contracts verfahren werde, und daß auch die Pachter im Hause keine Hauptveränderungen oder sonstige Einrichtungen vorgenommen haben, indem solche ohne Einwilligung des Verpachters zu keiner Periode der Pachtzeit vorgenommen werden dürfen.“

liche Hausväter die ihnen obliegenden Nebenreparaturen vornehmen, paßt zwar dem Anscheine nach nur zu einem Verzicht des Verpachters, kann aber an der vollen Geltung des klar ausgesprochenen beiderseitigen Verzichtes nichts ändern, und findet seine Erklärung darin, daß man entweder die entsprechende Voraussetzung, auch der Verpachter werde seinen Verbindlichkeiten in gleichem Maaße nachkommen, schon durch die weiter vorausgehende Stelle gewahrt hielt, wo es heißt, die demselben obliegenden Reparaturen sollten auf das erste Ansuchen der Pachter sogleich vorgenommen werden, oder daß man das fragliche Motiv in dem ausdehnenden Sinn auffaßte, die Pachter würden hinsichtlich der zu beschaffenden Nebenreparaturen weder zu wenig, noch zu viel thun. Nicht so ausgemacht ist der objective Umfang des Verzichtes, indem sich wohl der Zweifel aufwerfen läßt, ob die Absicht der Contrahenten auf alle, also auch nothwendige, oder nur auf nützliche Verwendungen gegangen sei. Indessen bedarf es hierüber keiner Entscheidung, da in Uebereinstimmung mit der Sent. a qua angenommen werden mußte, daß der ganze Verzicht sich nur auf den Fall der Rückgabe des Gasthauses am Ende der Pachtzeit beziehe. Im Allgemeinen genügt in dieser Hinsicht eine Verweisung auf die im vorigen Urtheil ausgeführten Gründe. Insbesondere ist es entscheidend, daß der ganze Satz, in welchem der Verzicht enthalten ist, schon nach seinen Anfangsworten sich nur als eine für den Fall der Rückgabe des Gasthauses am Ende der Pachtung getroffene Verabredung kundgibt, und der Verzicht selbst als eine Folgerung aus dem dann anzunehmenden Zustand hingestellt worden ist. Auch würde es alle Wahrscheinlichkeit gegen sich haben, daß die Pachter sich der Nothwendigkeit unterworfen haben sollten, mit jeder noch so dringenden Reparatur zu warten, bis der Verpachter sie auf Anforderung beschafft haben oder im Wege des Prozesses dazu genöthigt sein werde. Man mußte daher voraussetzen, daß entweder für Nothfälle eine Ausnahme hätte gelten, oder schon die an den Verpachter gestellte Anforderung genügen können, um den mit der Reparatur vorschreitenden Pachtern ihr Regreßrecht zu sichern. Weder zu der einen, noch zu der andern Voraussetzung gibt aber der § 6 des Contractes, zumal da die Aufforderung der Pachter nur als eine Befugniß derselben erwähnt worden ist, die mindeste Veranlassung.

Wenn übrigens der Kläger in jetziger Instanz abermals zu deduciren versucht, die jetzige Sachlage, wo die Beklagten ihre Reclamationen erhoben, nachdem sie über die baldige Beendigung der Pachtung und die damit eintretende Nothwendigkeit der Rückgabe des Gasthauses bereits Gewißheit erlangt hätten, stehe dem vertragsmäßigen Fall der wirklichen Rückgabe des Gasthauses am Ende der Pachtzeit ganz gleich, so ist dies ohne Grund. Selbst wenn die beiden Fälle dergestalt einander gleich wären, daß die Motive des Verzichtes auf den einen so gut paßten, als auf den andern, so würde der Verzicht dennoch, bei der Unzulässigkeit einer ausdehnenden Erklärung desselben, auf den im Vertrag nicht ausdrücklich vorgesehenen Fall nicht angewendet werden dürfen. Es läßt sich aber auch keineswegs behaupten, daß die fraglichen beiden Fälle im Sinne der Contrahenten sich ganz gleich gestanden haben müßten, vielmehr liegt es sehr nahe, daß grade das entscheidende Gewicht auf die wirkliche Rückgabe des Pachtobjectes gelegt worden sein kann, welche einen bestimmten und unzweifelhaften Abschluß für alle bis dahin nicht erhobenen Reclamationen bildete, und namentlich für die Pachter ein thatsächliches Aufgeben ihres Retentionsrechtes wegen etwaiger Verwendungen in sich schloß.

In Ansehung des andern Punktes, der Vertheilung der beiderseitigen Verbindlichkeit zu Reparaturen, mußte im übrigen der Ansicht des vorigen Urtheiles ebenfalls beigepflichtet, hinsichtlich des Umfanges jedoch, in welchem die den Pachtern zur Last gelegten Nebenreparaturen aufzufassen sind, ein bestimmteres Ergebniß, und zwar im Allgemeinen zu Gunsten des Klägers und nur in einem Punkt (der Tragung des durch das Bewohnen entstehenden Schadens) zu Gunsten der Beklagten, gezogen werden. Die Reparaturpflicht des Verpachters tritt allerdings nicht bloß bei dem im Eingang des § 6 des Pachtvertrages speciell genannten Gegenständen (Fundament, Dach und Fach im Ganzen) ein, sondern erstreckt sich nach den weiter folgenden Worten, welche zu einer beschränkenden Auslegung nach keiner Richtung hin Anlaß geben, überhaupt auf alle dem Eigenthümer (Vermiether) gesetzlich obliegenden Reparaturen, und unter diesen müssen ohne Zweifel auch die durch etwaige locale Observanzen dem Vermiether zugewiesenen verstanden werden. — Die Beschädigung

Digitized by Google

der gesetzlichen Reparaturpflicht des Verpachters bildet aber nur die Regel, welche selbstverständlich da zurückstehen muß, wo der Vertrag abweichend hiervon specielle Obliegenheiten des Pachters festsetzt. Unverkennbar ist dieß nun in dem zweiten, mit „hingegen alle und jede“ 2c. anfangenden Theil des Satzes geschehen, wie denn auch eine solche Erweiterung der Pflichten des Pachters bei der besonderen Natur des Pachtobjectes sehr erklärlich ist.

Die Einzelheiten nämlich, welche nach dem Wort „Nebenreparaturen“ als besondere unter diesen Begriff fallend aufgeführt werden, lassen sich nicht so auffassen, als seien damit bloß gewöhnliche oder präsumtive Veranlassungen zu Nebenreparaturen angedeutet, sondern nur dahin, daß die darin bezeichneten baulichen Herstellungen unbedingt zu Lasten der Pachter gestellt werden sollten. Der Gegensatz zu der vorausgehenden allgemein gefaßten Bestimmung über die Reparaturpflicht des Verpachters führt mit Nothwendigkeit zu dieser Annahme. Die Aufführung einzelner bestimmter Reparaturen, welche entweder dem Gegenstand oder der Art nach kenntlich gemacht wurden, als solcher, welche den Pachtern obliegen sollten, würde überflüssig gewesen sein, wenn es nur in dem Sinne geschehen wäre, daß die Pachter dazu verpflichtet seien, w e n n diese Reparaturen nach der gesetzlichen Norm die Eigenschaft von Nebenreparaturen hätten; sie konnte vielmehr nur den Zweck haben, einige Arten der Ausbesserung v e r t r a g s m ä ß i g für Nebenreparaturen zu erklären, von denen dies gesetzlich nicht galt oder doch zweifelhaft war. Hätte, wie die Sent. a qua annimmt, nur das gewöhnliche, im Zweifelsfall Eintretende hervorgehoben werden sollen, so hätte offenbar eine andere, hierauf irgendwie hindeutende Ausdrucksweise gewählt werden müssen, und hätten namentlich nicht die Worte „aller und jeder Anstrich,“ „aller — Schaden,“ welche gerade auf Ausschließen jeder Ausnahme gerichtet sind, gebraucht werden können. Auch die unmittelbar nach dem Wort „Nebenreparaturen“ gewählte Fassung, „als d i e der Thüren“ 2c., wenngleich sie für sich allein nicht entscheidend gewesen sein würde, bestätigt doch die obige Auffassung, wonach alle Herstellungen an Thüren, Fenstern und Fußböden, sofern sie nur unter den Begriff bloßer R e p a r a t u r e n fallen — also mit Ausschluß des Falles, wo solche Gegenstände nothwendig n e u

herzustellen wären — zu den die Pachter treffenden Nebenreparaturen zu zählen sind. Nur in dem einen Fall muß allerdings eine Pflicht des Verpachters zur Beschaffung von Arbeiten der in der fraglichen Aufzählung bezeichneten Art behauptet werden, wenn dieselben als Folge oder Bestandtheil einer aus anderen Ursachen nöthig gewordenen Hauptreparatur sich darstellten, wenn z. B. eine Thür hatte erneuert werden müssen, so traf den Verpachter auch der Anstrich derselben, oder wenn durch Vornahme einer Hauptreparatur das Pflaster im Hofe oder die Platten im Hause schadhaft geworden waren, so hatte er auch diese wieder mit herzustellen. Dieser Fall ist aber gar keine wirkliche Ausnahme von der Vertragsbestimmung, da die fragliche Aufzählung selbstverständlich nur Arbeiten hatte meinen können, zu denen als solchen ein Anlaß in dem Zustand des Hauses gegeben war.

Was insbesondere noch die Worte „aller durch das Bewohnen entstehender Schaden" betrifft, so fehlt es an jedem Anlaß zu der Voraussetzung, daß man über den gewöhnlichen Begriff eines „Schadens" hinausgegangen sein, und auch die durch den ordnungsmäßigen Gebrauch nothwendig eintretende allmählige Verschlechterung, das bloße Abnutzen, darunter gemeint haben sollte, wie denn eine so weit gehende Umkehrung der gesetzlichen Reparaturpflicht die Wahrscheinlichkeit gegen sich hat und deutlicher hätte ausgedrückt werden müssen. Die Worte sind daher mit dem Beklagten nur auf die Fälle einer außerordentlichen oder regelwidrigen Schadenstiftung zu beziehen.

Geht man von dieser vorbereitenden Erörterung auf die einzelnen Beschwerden über, so sind die beiden in der Sent. a qua aufgestellten Beweis-Alternative zu unterscheiden.

I. Soviel die erste Beweis-Alternative, die vertragsmäßige Verpflichtung des Klägers zu den von dem Beklagten beschafften Reparaturen, betrifft, so beschwert sich

1) der Kläger in seinem Grav. II. darüber, daß den Beklagten dieser Beweis nachgelassen worden sei, während sie mit sämmtlichen Ersatzforderungen für Reparaturen (mit Ausnahme der bereits vom Stadtgericht zuerkannten fl. 20. 13 kr.) hätten abgewiesen werden müssen.

Soweit diese Beschwerde

a) auf den Einwand des Verzichtes gestützt wird, stellt sie sich als unbegründet dar. Daß der in § 6 des Pachtvertrags erklärte Verzicht den Beklagten nicht entgegensteht, ist oben bereits auseinander gesetzt worden. Der Kläger hat aber sowohl in voriger, als jetziger Instanz versucht, einen Verzicht außerdem aus dem doppelten Umstande herzuleiten, daß die Beklagten die fraglichen Reparaturen immer einseitig, ohne Anzeige an den Kläger, durch ihre Handwerker hätten vornehmen lassen, und daß sie während ihrer 5 ½ jährigen Pachtzeit alle halbe Jahre den Pachtzins ohne Vorbehalt und ohne irgend einen Compensationsversuch bezahlt hätten. Ließe sich aus diesen Umständen mit Sicherheit folgern, daß die Beklagten bei Vornahme der Reparaturen die Absicht gehabt hätten, einen Ersatz dafür vom Kläger nicht zu beanspruchen, die Bestreitung derselben vielmehr in Anerkennung einer eigenen Verbindlichkeit oder schenkungsweise selbst zu tragen, so müßte der Einwand des Klägers allerdings für begründet erachtet werden. Dieß haben ohne Zweifel auch die Entscheidungsgründe der Sent. a qua nicht bestreiten wollen; es war nur ein ungenauer Ausdruck, wenn sie sagten, die Absicht könne obgewaltet haben, ohne daß die Beklagten sich ihr entsprechend hätten verbindlich machen wollen. Wie die weiter angeknüpfte Deduction zeigt, sollte nur ausgedrückt werden, die Absicht bei dem längeren Stillschweigen könne, statt auf einen Verzicht zu Gunsten des Klägers, auch auf ein bloßes Aufschieben der Geltendmachung des Ersatzanspruches gerichtet gewesen sein. Diese Auffassung muß aber auch als richtig anerkannt werden, und fehlt es daher dem behaupteten stillschweigenden Verzicht an der nöthigen Grundlage.

Am wenigsten ist abzusehen, wie der Umstand, daß die Beklagten die fraglichen Reparaturen immer ohne Anzeige an den Kläger durch ihre Handwerker besorgt haben sollen, einen Verzicht auf die an sich begründete Vergütung bekundet hätte. Die Beklagten können sehr wohl, vertrauend auf die Ersatzpflicht des Klägers durch den Wunsch, schneller zum Ziel zu gelangen, zu der behaupteten Handlungsweise veranlaßt worden sein. Auch läßt sich nicht etwa aus der Schlußbestimmung im § 6 des Pachtvertrags, wonach den Pachtern „jede Hauptveränderung und sonstige Einrichtung im Hause" ohne Bewilligung des Verpachters untersagt war, ein Einwurf hernehmen, denn

diese Bestimmung bezieht sich unverkennbar, wie namentlich eine Vergleichung mit Reform. Th. II. Tit. 14. § 12 ergibt, gar nicht auf bloße Reparaturen, sondern nur auf wirkliche Veränderungen in der Construction und Einrichtung des Gasthauses.

Näher liegt es, in der wiederholten Entrichtung des Pachtzinses einen Verzicht zu finden, indem hierfür der Kläger sich mit Anschein auf

l. 26. D. de probat. (22. 3)

berufen könnte. Dennoch stellt sich auch dieser Umstand als unerheblich dar. Da es Jedem freisteht, eine Gegenforderung zur Compensation zu benutzen, oder sie selbstständig geltend zu machen, so kann aus dem Unterlassen der Compensation nach allgemeinen Grundsätzen kein Verzicht gefolgert werden, wenn nicht die Umstände des einzelnen Falles so sind, daß sie über die Absicht, die Forderung aufzugeben, keinen Zweifel übrig lassen. Häufig wiederholtes Unterlassen der Compensation, wenn wiederkehrende Zahlungen oder Abrechnungen unter den Betheiligten stattfanden, kann die Folgerung rechtfertigen, wenn das Verhalten der Betheiligten die Ueberzeugung begründet, daß eine gänzliche Erledigung der beiderseitigen Schuldverhältnisse beabsichtigt wurde. Nur einen concreten Fall dieser Art entscheidet l. 26 cit., wobei es dahingestellt bleiben kann, ob nicht auch das Verwandtschaftsverhältniß der Betheiligten bestimmend mit eingewirkt habe. Jedenfalls berechtigt die Stelle nicht, von den allgemeinen Erfordernissen der stillschweigenden Willenserklärung eine Ausnahme zu machen. Berücksichtigt man nun im vorliegenden Fall, daß bei der fortgesetzten Zahlung des Pachtzinses an eine wechselseitige umfassende Abrechnung gar nicht gedacht werden konnte, daß die fraglichen Verwendungen, welche überdieß mit anderen, von den Beklagten selbst zu beschaffenden Reparaturen vielfach in baulichem Zusammenhang gestanden zu haben scheinen, nur nach und nach im Laufe mehrerer Jahre gemacht wurden, und daß in der späteren Zeit unter den Partheien Verhandlungen über eine käufliche Ueberlassung des Gasthauses stattfanden, so liegt die Möglichkeit, daß die Beklagten die Geltendmachung ihrer Ersatzansprüche nur von einer Zeit zur andern aufschieben mochten, so nahe, daß von einem sichern Schluß auf die Absicht eines Verzichtes keine Rede sein kann.

Mit Recht ist übrigens in der Sent. a qua noch bemerkt worden, daß, da der Verzicht nur aus den erwähnten, nicht schlüssigen Thatsachen hergeleitet worden ist, zu einem etwaigen Beweisnachlaß an den Kläger keine Veranlassung vorlag, wie denn auch hiergegen eine specielle Beschwerde von ihm nicht aufgestellt worden ist.

Soweit die Beschwerde des Klägers

b) darauf gestützt worden ist, daß sämmtliche Reparaturen, für welche jetzt Vergütung gefordert wird, zu den vertragsmäßig den Beklagten obliegenden gehörten, so mußte dieselbe theilweise allerdings für begründet erachtet werden.

Nicht nur ließ sich nach Maaßgabe der obigen Auslegung des § 6 des Pachtvertrags bei einer Reihe der in den Anlagen 8 — 47 zur Vernehmlassung verzeichneten und in den bei den vorigen Instanzen zum Beweis verstellten Reparaturen schon jetzt erkennen, daß sie zu den eigenen Obliegenheiten der Beklagten gehörten, also keinen Ersatzanspruch begründeten, sondern es konnte auch die Unbestimmtheit nicht gebilligt werden, welche in der Beweisauflage,

> daß die in jenen Anlagen verzeichneten Beträge solche Reparaturen betroffen hätten, „welche vertragsmäßig von dem Kläger hätten bewirkt werden müssen,"

insofern liegt, als hiermit wie die Entscheidungsgründe zur Sent. a qua ergeben, zum Theil nur der Nachweis der Nothwendigkeit, zum Theil aber zugleich der fernere Nachweis gemeint war, daß eine Reparatur, deren thatsächliche Beschaffenheit nicht bestimmt zu erkennen war, zu den contractmäßig vom Kläger zu tragenden gehöre. Vielmehr war es Aufgabe des ersten Verfahrens, hinsichtlich sämmtlicher in Rede stehenden Reparaturen die Frage, ob sie nach Gesetz oder Contract dem Kläger oblagen, soweit dieselbe nicht aus einem besondern Grunde noch von dem Beweis einer Thatsache abhängen sollte, schon jetzt zur Entscheidung zu bringen. Wo die Frage zu bejahen war, konnte es danach nur noch auf den Beweis der Nothwendigkeit, d. h. auf den Beweis ankommen, daß die Reparaturen vorgenommen werden mußten, um das Gasthaus im Ganzen wie in seinen einzelnen Theilen in einem baulichen Zustande zu erhalten, welcher die ungestörte miethweise Benutzung desselben, und zwar als eines Gasthofes, von individuellen Bedürfnissen der Miether abgesehen, gestattete. Wo

dagegen aus den beigebrachten Rechnungen und den dazu von den Beklagten gegebenen Erläuterungen nicht zu erkennen war, ob eine dem Kläger oder den Beklagten obliegende Reparatur (ihre Nothwendigkeit vorausgesetzt, in Frage stehe, sind die Beklagten ihrer prozessualischen Pflicht gehöriger Substantiirung nicht nachgekommen, und mußten deßhalb mit ihrem Ersatz-Anspruch angebrachtermaaßen abgewiesen werden.

Bei Prüfung der einzelnen in der sent. a qua zum Beweis zugelassenen Rechnungen nach diesen Gesichtspunkten ergab sich Folgendes:

I. Gänzlich freizusprechen war der Kläger von einer Vergütungspflicht für die in den Maurer-Rechnungen vorkommenden, das Ausbessern und Erneuern von Plattenböden betreffenden Ansätze. Das Platten im Hause ist in § 6 des Contracts ohne Vorbehalt den Pachtern zur Last gelegt, und es fehlt jeder Grund, hiervon, wie die Beklagten wollen, das Legen neuer Platten auszunehmen. — — — Ferner waren gänzlich abzuerkennen: von den Schlosser-Arbeiten die Ansätze, — — — indem dieselben die Ausbesserung von Thürschlössern, welche unter die Reparatur von Thüren fällt, und eine Reparatur von Fenstern betreffen; von den Schreiner-Arbeiten die Ansätze — —, welche sich auf bloßes Ausbessern von Fußböden, Thüren und Fenstern beziehen; endlich von den Spengler-Arbeiten — — —, indem es sich dabei sowohl nach der Beschreibung in der Rechnung selbst, als nach der, von den Beklagten nicht speciell widersprochenen, klägerischen Angabe in der Replik gar nicht um eine bauliche Reparatur, sondern bloß um eine wirthschaftlich nützliche bewegliche Vorrichtung an mehreren Oefen handelte.

II. Wegen mangelnder Substantiirung waren folgende Posten auszuscheiden: — — — — — — — — — — —

III. Eines besonderen Beweises hinsichtlich der vertragsmäßigen Obliegenheiten des Klägers bedurfte es noch bei den Weißbinder- und den Steindecker-Arbeiten: — — — — — — — —

IV. Dagegen waren die in den folgenden Anlagen und Nummern bezeichneten Reparaturen als contractlich dem Kläger obliegende anzuerkennen, wenn die Beklagten ihre Nothwendigkeit in dem oben angegebenen Sinne nachzuweisen vermögen. — — — — —

Bei der vorstehend motivirten Abänderung der Sent. a qua konnte, da mehrfach solche Posten, worüber verschieden zu erkennen war, in den Rechnungen unter einem Ansatz verbunden vorkommen, der Betrag der von der Beweisführung abhängigen Liquidationssumme zur Zeit nicht bestimmt werden, wodurch sich die, an sich begründete Bemerkung des Klägers, daß die vom Stadtgericht an dem Pachtzins gekürzten fl. 20. 13 kr. auch von jener Summe in Abzug zu bringen sei, von selbst erledigt.

2) Die Beklagten haben das in voriger Instanz (zu dem dortigen Grav. 1) geltend gemachte Verlangen, ihre ganze hier fragliche Ersatzforderung schon jetzt für liquid zu erlären, in jetziger Instanz nicht weiter verfolgt, und wollte man dieß mittelbar darin finden, daß sie zu ihrem jetzigen Grav. I auf ihre Schriften voriger Instanz Bezug genommen haben, so genügt dagegen eine Verweisung auf die vorstehende Ausführung und die Bemerkung, daß der Kläger die Nothwendigkeit der Reparaturen hinsichtlich sämmtlicher Rechnungen bestritten hat.

Es kommt demnach nur noch die in jetziger Instanz ausdrücklich aufgestellte Beschwerde Grav. VI in Betracht, welche dahin geht,

> daß die klägerische erste Beschwerde voriger Instanz zum Theil als begründet erkannt und demnach von den in Anlage 7 berechneten fl. 3516. 29 kr. der Betrag von fl. 301. 17 kr. den Beklagten sofort aberkannt worden sei.

Die Grundlosigkeit dieser Beschwerde bedarf keiner näheren Motivirung. Die Aberkennung der Ansätze für Pflastern und für Anschaffung von Tapeten rechtfertigt sich aus der obigen Auslegung des Pachtvertrags von selbst, indem namentlich von den Tapeten ganz dasselbe gilt, was oben von der Maler-Arbeit bemerkt worden ist, so daß es auf den Grund der Sent. a qua, es handle sich um geständigermaaßen durch das „Bewohnen" nöthig gewordene Herstellungen, nicht ankommt. Außerdem ist nur noch die Vergütung für einige zum Gebrauch beim Herde bestimmte Utensilien aberkannt worden, was ebenfalls zu bestätigen und in Folge der obigen Beschwerde des Klägers zugleich auf Nr. 72 derselben Anlage auszudehnen war, da die Anschaffung dieser Mobilien, selbst wenn sie dem Herde besonders angepaßt werden mußten, lediglich Sache der

Beklagten war, und auch der Umstand, daß die Beklagten sie nach Rückgabe des Hauses bei dem Herde belassen haben wollen, begreiflich keine nachträgliche Verpflichtung des Klägers zum Ersatz erzeugen kann.

II. Was die zweite Alternative des Beweissatzes II. a., die aus einer Anerkennung und einem Auftrage des Klägers hergeleitete Ersatzverbindlichkeit für einige Verwendungen betrifft, so liegt hierüber nur eine Beschwerde des Klägers vor, welche dahin geht,

> daß den Beklagten alternativ (neben dem bisher besprochenen Beweise) noch der Beweis besonderer Anerkennung und Auftrages des Klägers zu der Herrichtung der Herde, des Restaurationszimmers, der Abtritte, sowie der Fensterrahmen und Gesimse nachgelassen worden sei.

Diese Beschwerde wird in ihrer principalen Richtung auf gänzliche Beseitigung der fraglichen Beweis-Alternative lediglich dadurch zu begründen versucht, daß die Beklagten auf ihren etwaigen Ersatz-Anspruch verzichtet hätten, weil sie zur Bestreitung der neuen Herd-Anlage das ihnen vom Kläger überlassene alte Eisen verwendet, bei Herstellung der Abtritte aber einen Beitrag des Klägers von fl. 60 angenommen und neben diesen Umständen den Pachtzins ohne Vorbehalt fortentrichtet hätten. Daß jedoch das vom Kläger Gegebene von den Beklagten auch als bloß abschlägliche Leistung angenommen worden sein kann, leuchtet von selbst ein und wird vom Kläger ausdrücklich eingeräumt. Damit ist die in der Schlußerklärung in der Widerklage aufgestellte Behauptung, jener Beitrag zu den Abtritten sei keine bloße Abschlagszahlung gewesen, als aufgegeben anzusehen; ohnehin hätte dieselbe aber, um berücksichtigt zu werden, schon in der Replik vorgebracht werden müssen, was nicht geschehen ist, und hätte auch dann doch nur zu der von der jetzigen ganz verschiedenen Beschwerde führen können, daß dem Kläger nicht ein Beweis dieser Replik vorbehalten worden sei. Konnten nun die Beklagten den Beitrag des Klägers als einen abschlägigen auffassen, so blieb ihre weitere Ersatzforderung unberührt, und läßt sich, der obigen Auslegung gemäß, durch die Fortentrichtung des Pachtzinses so wenig als aufgegeben ansehen, wie der Anspruch wegen der übrigen in der Beschwerde erwähnten Gegenstände.

Der in voriger Instanz erhobene Einwand, daß die Behauptung einer Genehmigung des Klägers zur Reparatur der Fensterrahmen und Gesimse von den Beklagten verspätet, weil erst in der Duplik aufgestellt worden sei, ist in jetziger Instanz nicht weiter verfolgt worden, würde aber auch schon deßhalb zu verwerfen sein, weil der Kläger sich in der Schlußerklärung in der Widerklage ohne Vorbehalt auf die Behauptung eingelassen hat, so daß es auf den andern Grund, aus welchem die Sent. a qua den Einwand der Verspätung verworfen hat, nicht weiter ankommt.

Eventuell rügt der Kläger dreierlei an der Fassung des Beweissatzes:

1) daß nicht der vom Kläger geleistete Beitrag zu den Abtritten in Abzug gebracht,

2) daß die in Anlage 10 (ebenfalls die Abtritte betreffend) verzeichneten Kosten ganz, statt bloß zur Hälfte, zum Beweise verstellt,

3) daß bei den Kosten für Fensterrahmen und Gesimse die Anlage 30, welche in den rothbezeichneten Nummern nichts hiervon enthalte, mit in den Beweissatz aufgenommen worden sei.

Der Einwand der Beklagten, daß diese letzteren beiden Ausstellungen in voriger Instanz nicht einmal eventuell geltend gemacht seien, ist unerheblich, da die Beschwerde des Klägers erst durch die in voriger Instanz erfolgte reformatoria entstehen konnte. In der Sache selbst bedurfte es

ad 1) keiner Abänderung, da der Beweissatz die dereinstige Berücksichtigung des klägerischen Beitrages, soweit es zugestanden worden ist, nicht ausschließt. Ebenso wenig

ad 2) da die Beklagten selbst in Anlage 10 die aufgewendeten Kosten nur zur Hälfte liquidirt haben.

Dagegen ist die Erinnerung

ad 3) begründet, wie sich aus der Anlage 30 ergibt, und war diese Anlage daher zu streichen. Auf einem bloßen Schreibversehen im Decisum der Sent. a qua beruht es jedoch, wenn statt Anlage 30 — 32 gesetzt wurde „Anlage 30. 32.“ Die Berichtigung dieses Versehens, also Aufnahme der Anlage 31, konnte um so weniger einem Bedenken unterliegen, da die Beifügung der einzelnen Anlagen hier überhaupt nur zur nähern Erläuterung der voran-

gehenden Worte, nicht zur alleinigen Bezeichnung des Gegenstandes dient.

C. Auf die zweite Gegenforderung der Beklagten, den Entschädigungs-Anspruch wegen vertragswidrig vom Kläger unterlassener Reparaturen und Bauveränderungen, beziehen sich drei in den beiden vorigen Erkenntnissen, mit theilweiser Abweichung des Inhaltes, aufgestellte Beweissätze, nämlich die erste Beweisalternative II. b über das klägerische Versprechen eines Umbaues der Hinter- und Seitengebäude, die zweite Beweisalternative II. b über die Pflicht des Klägers zur Vornahme der in [8] (dem von den Beklagten beigebrachten Gutachten verschiedener Handwerker vom 6. Juli 1854) verzeichneten Reparaturen und über die Mahnung daran, endlich der Beweissatz II. c über den aus dem Unterbleiben jenes Umbaues oder dieser Reparaturen für die Beklagten entstandenen Schaden.

I. Soviel die erste Beweis-Alternative II. b betrifft, welche in beiden vorigen Instanzen übereinstimmend normirt ist, so liegt hier nur eine Beschwerde des Klägers, dessen Grav. IV., vor, dahin gerichtet, daß den Beklagten aufzuerlegen sei, zugleich zu beweisen, daß das fragliche Versprechen ein unbedingtes (ohne Verlangen einer Erhöhung des Pachtzinses gegebenes) gewesen, oder vom Kläger doch nur in Anerkennung einer durch den verfallenen Zustand des Gasthofes begründeten Vertragspflicht geleistet worden sei.

Diese Beschwerde stellt sich als unbegründet dar, ohne daß auf die Streitfrage von der Beweislast bei bedingten Rechtsgeschäften eingegangen zu werden brauchte. Denn wenn der Kläger wollte, daß die Bedingtheit des fraglichen Versprechens ein besonderer Gegenstand der Beweisführung werde, so mußte er diesen Punkt in der Replik ausdrücklich zur Sprache bringen, man mag die Behauptung der Bedingtheit als eine Einrede oder als ein qualificirtes Läugnen ansehen; auch im letzteren Falle brachte dieß die Pflicht zur vollständigen Einlassung und zur Angabe des anderen Sachverhalts mit sich. Da sich aber in der Replik (überhaupt in erster Instanz) nichts der Art findet, so entsprach der vom Stadtgericht aufgestellte Beweissatz vollständig den Partheiverhandlungen, und Kläger kann nicht nachträglich verlangen, daß die Beklagten noch mit einem

positiven Beweise der Unbedingtheit des fraglichen Versprechens belastet werden. Von selbst versteht es sich jedoch, daß der Beweissatz überhaupt nur von einer wirklichen Uebereinkunft verstanden werden kann. Sollte sich also im Beweise oder Gegenbeweise ergeben, daß der Kläger die Zusage nur unter der Bedingung einer Gegenleistung, z. B. erhöhten Pachtzinses, gegeben habe, und die Beklagten in diese Bedingung nicht eingewilligt hätten, so würde der Beweisauflage nicht entsprochen sein, weil dann eine Uebereinkunft überhaupt nicht zu Stande gekommen wäre, weder eine bedingte, noch unbedingte, sondern nur Tractaten Statt gefunden hätten.

Ebenso wenig brauchen die Beklagten noch zu beweisen, daß das Versprechen nur in Anerkennung der Erforderlichkeit des Neubaues und einer durch den Pachtcontract begründeten Verpflichtung des Klägers geleistet worden sei. War einmal eine Uebereinkunft über den durch den Kläger zu beschaffenden Umbau abgeschlossen worden, so ist nicht abzusehen, weßhalb deren rechtliche Wirksamkeit gerade von jener Veranlassung dazu abhängig sein sollte. Auch wenn der Kläger Willens war, mit dem Versprechen eine ganz neue Verpflichtung zu übernehmen, so unterschied sich dieser Fall nur darin von jenem anderen, daß Kläger sich entschloß, den Pachtcontract zu Gunsten seines Pachters abzuändern, seine contractlichen Leistungen zu erhöhen, ohne daß deßhalb, da Kläger sich z. B. überzeugt haben konnte, daß das Pachtgeld zu hoch sei, an eine Schenkung und deren besondere Erfordernisse gedacht zu werden braucht. Obgleich daher die gedachte Veranlassung des Versprechens von den Beklagten mit behauptet worden ist, so gehörte sie doch nicht zum nothwendigen Fundament ihres Anspruches.

II. Anlangend die zweite Beweisalternative sub II. b über die vom Kläger versäumte Herstellung der in [8] verzeichneten Reparaturen, so liegen hier Beschwerden beider Theile vor, und zwar hat sich

1) Der Kläger in seinem Grav. V darüber beschwert:

daß die Beklagten mit den auf das Gutachten [8] gegründeten Ansprüchen nicht ohne Weiteres abgewiesen worden seien; eventuell daß die Erforderlichkeit jener Reparaturen als zugestanden angenommen worden sei.

Was

a) den principalen Theil dieser Beschwerde betrifft, so hat der Kläger die in voriger Instanz deßhalb geltend gemachte Einrede (Replik) des Verzichtes jetzt nicht weiter verfolgt; sie würde aber jedenfalls auch aus den oben (zu B) ausgeführten Gründen zu verwerfen gewesen sein. Vielmehr stützt der Kläger sein Verlangen jetzt lediglich darauf, daß die in [8] verzeichneten Reparaturen keine dem Kläger vertragsmäßig obliegende Hauptreparaturen seien. Gemäß der obigen Auslegung des Pachtvertrags konnte jedoch der Beschwerde nur theilweise entsprochen werden. Es waren nämlich folgende in [8] mehrfach für nöthig erklärte Reparaturen: das Tünchen von Decken (als zum Weißen gehörig), das Ausbessern oder Erneuern von Plattenböden im Hause und das bloße Ausbessern der Fußböden, Thüren und Fenster, hier ebenso, wie bei der ersten Gegenforderung, als dem Kläger nicht zur Last fallend auszuscheiden. Dagegen mußte nicht nur mit der Sent. a qua angenommen werden, daß rücksichtlich derjenigen Reparaturen, zu denen der Kläger sich in seinem Briefe vom 4. August 1854 bereit erklärt hat, seine vertragsmäßige Verpflichtung als zugestanden zu erachten sei, sondern es waren auch die übrigen in [8] aufgeführten Reparaturen, wie unten zu Grav. II der Beklagten vorkommen wird, ihre Nothwendigkeit vorausgesetzt, schon jetzt als dem Kläger obliegende anzuerkennen.

Gegen jene Annahme eines Zugeständnisses macht zwar der Kläger geltend, er habe in dem Briefe vom 4. August 1854 sich nur vergleichsweise zu den daselbst genannten Reparaturen verstanden, und die Beklagten hätten sie in ihrer Schlußerklärung selbst als gleichgültig bezeichnet. Allein der Kläger hat sich in dem Briefe ohne Vorbehalt zu den fraglichen Reparaturen verstanden, und vergleicht man dieses mit seinem gänzlich abweisenden Briefe vom 30. Juni und mit der in der Mitte liegenden notariellen Aufforderung vom 26. Juli, so lag darin allerdings eine thatsächliche Anerkennung seiner vertragsmäßigen Verpflichtung. — Hierauf beriefen sich die Beklagten in der Exceptionsschrift unter Production dieser Verhandlungen, und Kläger hätte daher, wenn er den Inhalt des Briefes vom 4. August als ein bloß vergleichweises Erbieten zu Reparaturen geltend machen wollte, dieß in der Replik vorbringen

müssen, während er hier im Gegentheil den Brief als Zeichen seiner ungesäumten Pflichterfüllung anführt, und erst in zweiter Instanz mit jener abweichenden Darstellung hervorgetreten ist. Er ist daher mit Recht der in dem Brief bekundeten Anerkennung für geständig erachtet worden. Die Erklärung der Beklagten in der Duplik aber, die vom Kläger angeordnete Arbeit sei nur „elendes" oder „unwesentliches Flickwerk," es sei ihnen gleichgültig, ob die dazu bestellten Handwerker sich wieder einfänden, enthält keinen Verzicht auf den erhobenen Anspruch.

b) Was den eventuellen Theil der Beschwerde betrifft, so mußte man sich für die Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses in diesem Punkt, also dafür entscheiden, daß die Beklagten die Nothwendigkeit der in [8] verzeichneten Reparaturen erst noch zu beweisen haben. Es ist zu berücksichtigen, daß in der Exceptionsschrift, neben der Schilderung des baufälligen und verwahrloseten Zustandes des Gasthofes im Ganzen, die Behauptung der Erforderlichkeit der einzelnen in [8] namhaft gemachten Reparaturen, nur durch Bezugnahme auf dieses Gutachten aufgestellt worden ist. Um so eher konnte der Kläger durch eine Bestreitung dieses Gutachtens, seiner Pflicht zur Einlassung entsprechen. Eine namentliche Erwähnung jeder einzelnen Reparatur war aber ohnehin, es mochte diese oder eine andere Form der Behauptung und Bestreitung gewählt werden, vom Kläger nicht zu verlangen; vielmehr genügt bei dergleichen Aufzählungen ein geeigneter Gesammtausdruck, sobald damit in verständlicher Weise alle zu beantwortenden Thatumstände berührt werden. Wenn nun der Kläger in der Replik erwiderte, das Auftreten der Beklagten mit der notariellen Insinuation des Gutachtens [8] sei offenbar ein lächerliches und chikanöses, dann erklärte, das Gutachten sei ohne allen Werth, und dieß näher dahin erläuterte, die unterzeichneten Handwerker hätten es gar nicht selbst gemacht, und hätten überdieß die betreffenden Gegenstände gar nicht alle selbst gesehen, so lassen freilich diese Aeußerungen es noch einigermaaßen zweifelhaft, ob Kläger die Erforderlichkeit sämmtlicher Reparaturen in Abrede stellen oder nur die Glaubwürdigkeit des Gutachtens bestreiten wollte. — Allein da sich unmittelbar hieran die weitere Erklärung anschließt, Kläger würde leicht ein Gutachten anderer

Bauverständigen beibringen können, welches sagte, das Gasthaus sei zwar nicht mehr neu, doch zum Wirthschaftsbetrieb immerhin noch ganz geeignet, und jedenfalls habe es sich in den letzten $5^1/_2$ Jahren in Fundamenten, Dach und Fach nicht verändert, sei in dieser Hinsicht noch so gut, wie es von den dermaligen Pachtern übernommen worden sei, so wird durch diese Gegenüberstellung jener Zweifel gehoben und in ausreichender Weise bekundet, daß Kläger nicht bloß der allgemeinen Schilderung des Gasthauses entgegentreten, sondern auch das Gutachten [8] seinem gesammten Inhalte nach, soweit es sich auf die Erforderlichkeit von Hauptreparaturen bezog, als unrichtig bezeichnen wollte. Zugleich war aber auch in jener weiteren Erklärung die Angabe des andern Sachverhalts, soweit sie hier erwartet werden konnte, enthalten. Das angenommene stillschweigende Zugeständniß war daher nicht gerechtfertigt. Daß übrigens die Nothwendigkeit der Reparaturen nicht etwa durch das Gutachten [8] schon für erwiesen angesehen werden kann, bedarf schon wegen der Einseitigkeit der Einholung des Gutachtens und wegen seiner außergerichtlichen Ausstellung, keiner Ausführung.

2) Die Beklagten haben zwei hierher gehörige Beschwerden aufgestellt.

a) Mittelst ihres Grav. II wiederholen sie ihre zweite Beschwerde voriger Instanz, soweit ihr nicht in der Sent. a qua entsprochen wurde, und verlangen demgemäß rücksichtlich sämmtlicher in [8] verzeichneter Reparaturen (also nicht bloß, wie erkannt, rücksichtlich der in dem klägerischen Briefe vom 4. August 1854 bewilligten) von dem Beweise befreit zu werden, daß dieselben vertragsmäßig vom Kläger zu stellen gewesen seien. Dieses Verlangen wird theils darauf gestützt, daß auch dieser Punkt, weil die Replik keine ordnungsmäßige Einlassung darüber enthalte, für eingeräumt gelten müsse, theils darauf, daß die in [8] genannten Reparaturen nach § 6 des Pachtcontractes dem Kläger wirklich obgelegen hätten.

Jene erstere Behauptung ist zwar nach dem Inhalt der Replik unbegründet, sie bedarf jedoch keiner Widerlegung, da es hier, wo specielle thatsächliche Verhältnisse, von denen die Reparaturpflicht des einen oder anderen Theils abhinge, nicht vorgebracht sind, nur

auf die Rechtsfrage ankommt, was nach dem Contract und der subsidiär eintretenden gesetzlichen Norm als Verbindlichkeit des Klägers anzuerkennen sei, hiernach aber das Verlangen der Beklagten, soweit nicht einzelne Arten der Reparatur oben schon als ihnen selbst zur Last fallend bezeichnet worden sind, als begründet anerkannt werden mußte. Außer diesen ausgeschiedenen Reparaturen, und außer denen, welche der Kläger in dem Briefe vom 4. August als ihm obliegend anerkannt hat, kommt nämlich in [8] Folgendes vor:

Das Umdecken der Dächer u. s. w. — — —

Nach der obigen Auslegung des Pachtvertrags und den davon schon bei der ersten Gegenforderung gemachten Anwendungen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß diese sämmtlichen Reparaturen, wenn sie wirklich als zur baulichen Unterhaltung und Brauchbarkeit des Hauses nothwendig nachgewiesen werden sollten, vom Kläger zu beschaffen gewesen wären.

b) Mittelst des Grav. III wiederholen die Beklagten ihre vierte Beschwerde voriger Instanz:

> daß eine Entschädigungspflicht des Klägers nur insoweit als begründet erkannt worden sei, als demselben die betreffenden Mängel von den Beklagten jeweilig angezeigt worden seien, während die allgemeine Wissenschaft des Klägers von den langjährigen vertragswidrigen Zustand des ganzen Hauses als zugestanden zu betrachten, eventuell wenigstens die Beweisalternative darauf zu richten gewesen wäre, daß und zu welcher Zeit dem Kläger der fragliche Zustand des Hauses im Ganzen oder Einzelnen bekannt gewesen sei, resp. (wie die Beklagten jetzt hinzufügen) daß und zu welcher Zeit Kläger wegen des in [8] beschriebenen verwahrloseten G e s a m m t-z u s t a n d e s von den Beklagten m o n i r t worden sei.

Diese Beschwerde mußte sowohl in ihrem principalen, als in ihrem eventuellen Theil als unbegründet verworfen werden. Da es sich hier um Entschädigung wegen versäumter Erfüllung klägerischer Vertragspflichten handelt, so ist der Anspruch der Beklagten, wie die Sent. a qua mit Recht hervorhebt, durch mora und folglich durch gehörige Mahnung des Klägers bedingt, — ohne daß es hierbei erst auf die Worte des Contractes „auf erstes Ansuchen" besonders ankäme, —

und kann durch die bloße Wissenschaft des Klägers von den vorhandenen Gebrechen in keiner Weise begründet werden. Zu einer wirksamen Mahnung gehört es aber nothwendig, daß der Gemahnte unzweideutig zu erkennen vermöge, was von ihm als vertragsmäßige Leistung verlangt werde. Die Verbindlichkeiten zur baulichen Unterhaltung eines vermietheten Hauses sind nun nach Ort, Gegenstand und Beschaffenheit so mannichfaltig, daß eine ganz allgemeine und unbestimmte Mahnung an den mangelhaften Gesammtzustand des Hauses durchaus nicht geeignet ist, über die Vertragspflicht, deren Erfüllung gefordert wird, in's Klare zu setzen; der Vermiether würde auf eine solche Mahnung hin erst durch eigenes Aufsuchen aller denkbaren Mängel sich den nöthigen Aufschluß verschaffen können, und dazu ist er, um dem Vorwurf der mora zu entgehen, nicht für verbunden zu erachten. Der Beweissatz ist daher mit Recht auf die Aufforderung des Klägers zur Vornahme der in [8] verzeichneten Reparaturen gerichtet worden.

Damit sind die Beklagten jedoch selbstverständlich nicht genöthigt, von jeder Reparatur ganz in der Specialität der Aufzählung in [8] eine besondere Mahnung darzuthun, indem es nur darauf ankommt, daß der Kläger über Gegenstand und Beschaffenheit der geforderten Reparaturen genügend in Kenntniß gesetzt worden sein muß, dazu aber auch Ausdrücke, wodurch eine ganze Reihe gleichartiger Reparaturen zusammengefaßt werden, völlig geeignet sind, häufig auch schon durch Bezeichnung des Gegenstandes (z. B. „schadhafte Fensterrahmen im ganzen Vorderhause" oder dergl.) die Art der verlangten Reparatur sehr wohl mit kenntlich gemacht sein kann. Ebenso erledigt sich das Bedenken der Beklagten, daß viele Gebrechen durch unterbliebene zeitige Abhülfe an Umfang und Schädlichkeit zunähmen, dabei aber von ihnen nicht zu verlangen sei, daß sie den Kläger in jedem Stadium des Verfalles von Neuem gemahnt haben müßten; denn sobald der zunehmende Schaden nur Folge mangelnder Abstellung eines ursprünglich geringeren Gebrechens war, mußte die Mahnung in Betreff des letzteren genügen, um den Kläger auch wegen des gesteigerten Schadens verantwortlich zu machen. In aller dieser Hinsicht ist den Beklagten durch die Fassung des Beweissatzes nicht präjudicirt, und fehlt es ihnen daher an einem Grunde zur Beschwerde.

Google

III. Soviel endlich den dritten hier fraglichen Beweissatz, den sub II. e betrifft, hinsichtlich dessen in beiden vorigen Instanzen übereinstimmend erkannt worden ist, so beziehen sich darauf nur zwei, aus voriger Instanz wiederholte Beschwerden der Beklagten, Grav. IV und V jetziger Instanz.

Die letztere schließt sich an die erstere als eine eventuelle an. Grav. IV nämlich geht dahin:

daß den Beklagten noch der Beweis sub II. e auferlegt worden sei, während Kläger der (Wider-) Klagbitte gemäß zu verurtheilen gewesen wäre;

Grav. V dahin:

daß wenigstens das Factum des fraglichen Schadens als durch stillschweigendes Geständniß constatirt hätte erkannt und den Beklagten lediglich der Beweis auferlegt werden müssen,

daß der fragliche Schaden durch den vielbeschriebenen baulichen Zustand des Gasthauses, resp. durch die jahrelange Unterlassung der fraglichen Reparaturen entstanden sei.

Gestützt sind beide Beschwerden lediglich darauf, daß der Kläger sich auf die Angaben der Exceptionsschrift über den aus dem baulichen Zustand des Gasthofes den Beklagten erwachsenen Schaden, in vermindertem Wirthschaftserlös bestehend, nicht ordnungsmäßig eingelassen habe, und deßhalb dieser Angaben für geständig habe erachtet werden müssen. Zunächst ist indessen soviel gewiß, daß der Causalzusammenhang zwischen dem baulichen Zustand des Gasthofes und dem angeblich eingetretenen Schaden vom Kläger in der Replik mit genügender Bestimmtheit bestritten worden ist, indem er daselbst ausdrücklich behauptete: die Beklagten hätten, ungeachtet sie ihre Gäste nicht so gut und aufmerksam behandelt und bedient hätten, wie der frühere Pachter, doch in der Gastwirthschaft recht gut prosperirt, in Ansetzung der Preise für Logis seien sie durchaus nicht zurückgegangen, und kein Fremder sei wegen des veralterten Hauses, sondern höchstens wegen Mangels der aus früheren Zeiten gewohnten Aufmerksamkeit in der persönlichen Bedienung weggeblieben. In diesen Behauptungen ist ganz unzweideutig der Causalzusammenhang in Abrede gestellt und zugleich der andere Sachverhalt angegeben.

Die principale Beschwerde ist hiernach unbegründet. Rücksichtlich der eventuellen Beschwerde aber kommt in Betracht, daß die Berechnung, wieviel Gäste durchschnittlich weniger im Gasthof eingekehrt seien, überhaupt nur in Verbindung mit jenem Causalzusammenhang hier eine Bedeutung haben konnte, indem von einem Wegbleiben von Gästen nur in Beziehung auf eine bestimmte Ursache die Rede sein kann, daher ein stillschweigendes Zugeständniß jener Berechnung von selbst dadurch ausgeschlossen ist, daß der Kläger behauptet hat, es sei kein Fremder wegen des veralterten Hauses weggeblieben. Im Uebrigen beruht die fragliche Schadensberechnung auf folgenden Angaben:

1) Angabe der Beträge, welche bei ordnungsmäßigem Zustande des Hauses für Zimmermiethe, nach der Zahl der vorhandenen Betten, zu erlösen gewesen wären;

2) Angabe, um wieviel die Miethpreise der Zimmer pro Bett wegen des schlechten baulichen Zustandes herabgesetzt worden seien;

3) Angabe des Betrages, welcher neben der Zimmermiethe durchschnittlich an jedem Gast, nämlich für Wein, Verköstigung, Bedienung ꝛc. verdient werde;

4) Angabe des Betrages, welcher durch Verderb von Vorräthen in der Speisekammer durchschnittlich verloren gegangen sein soll.

Von diesen Angaben ist die sub 2, durch die Behauptung des Klägers: daß die Beklagten in Ansetzung der Preise für Logis durchaus nicht zurückgegangen seien, womit jede, also auch eine etwaige geringere Differenz der Logispreise bestritten ist, und die sub 4 durch die Erwiderung der Replik in völlig genügender Weise in Abrede gestellt. Ueber die Angaben sub 1 und 3 dagegen fehlt es allerdings an einer ausdrücklichen Beantwortung; allein dieselben enthalten auch nur das Resultat einer allgemeinen Durchschnittsberechnung, welches als solches und ohne Angabe der factischen Unterlagen, worauf dasselbe gebaut worden ist, nicht als ein Thatumstand angesehen werden konnte, worauf der Kläger bei Strafe des Eingeständnisses sich einzulassen verpflichtet gewesen wäre.

Es mußte daher auch die eventuelle Beschwerde verworfen werden.

D. Die Kosten dieser Instanz waren, da jede Parthei mit ihren Beschwerden theilweise obsiegt, theilweise unterliegt, zu compensiren.

Uebrigens mußte es bei den verschiedenen Abänderungen, welche die vorigen Erkenntnisse, neben Bestätigung wesentlicher Theile derselben, zu erleiden hatten, für angemessen gehalten werden, das nunmehrige Ergebniß für die ganze Sache in einem neuen Urtheil zusammenzufassen, wobei es sich, insbesondere rücksichtlich der ersten Gegenforderung der Beklagten wegen Abweisung eines Theils derselben, nöthig machte, statt der beiden Beweisalternative sub II. a der Sent. a qua die Form einer Trennung der beiden rechtlichen Fundamente dieser Forderung zu wählen.

Auszug aus den Seite 181 und 182 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

1. du Fay ca. Bernhard. 1831.

Der Appellant hat sich

I. hinsichtlich der Vorklage darüber beschwert:

daß die Beklagten und Appellaten die liquide Darlehensforderung von fl. 450 sammt Zinsen erst 6 Wochen nach erledigter Widerklage berichtigen sollen und nicht vielmehr zur unverzüglichen Zahlung verurtheilt worden.

Bei der Beurtheilung dieser Beschwerde ist im Allgemeinen von dem Grundsatz auszugehen, daß die bekannte Regel

l. 14. § 1. C. de compensat.

auch in dem Fall ihre Anwendung findet, wenn die Einrede der Compensation gleichzeitig mit der Einlassung vorgeschützt wurde, und daß hierbei das richterliche Ermessen zunächst durch den Umstand geleitet werde, ob die Gegenforderung mit der eingeklagten Forderung in einem materiellen Zusammenhange stehe, und ob der Beweis der Gegenforderungen voraussichtlich etwa noch zu großen Weiterungen führen werde, oder nicht; — wie dieß zuletzt noch von

Hasse in dem Archiv für die civilist. Praxis Th. 7, Abh. 9.

gründlich erörtert worden ist.

2. Zimmermann ca. Jäger. 1841.

Es muß nämlich hierbei von dem Princip ausgegangen werden, daß für die Einrede der Compensation bei einer liquiden Klage auch im ordentlichen Prozesse die Liquidität der Gegenfor-

derung, zumal wenn dieselbe nicht ex eodem negotio herrührt, erforderlich bleibt; welcher Grundsatz nicht nur theoretisch für richtiger zu halten ist,

Hasse im Arch. für civ. Prax. Bd. 7, S. 145—207.

Bethmann-Hollweg, im rheinisch. Museum für Jurisprud. Bd. I., Seite 257—285.

sondern auch in Frankfurt angenommen und vom Ober-Appellationsgerichte beständig befolgt worden ist.

3. Kitz ca. Schmidt. 1842.

Daß aber ein so schwieriger Beweis, wenn er überall zu erbringen sein sollte, auch abgesehen von dem Gegenbeweise der Kläger, einen beträchtlichen Zeitaufwand erfordern und manche Weiterungen veranlassen würde, zumal wenn das ganze Verfahren vom Stadtgerichte im Wege des ordentlichen Prozesses geleitet werden sollte, das leuchtet von selbst ein. Demnach mußte hier von klarer Vorschrift der

L. 14. § 1. C. de comp. (4, 31.)

die Einrede der Compensation allerdings verworfen und die Gegenforderung nothwendig ad separatum verwiesen werden. Eben wegen dieser gesetzlichen Bestimmung ist es auch ohne alles Gewicht, wenn der Beklagte sich darauf berufen will, daß doch andere peremtorische Einreden gegen eine im ordentlichen Processe angebrachte Klage nicht deßhalb, weil sie noch erst eines Beweises bedürften, ad separatum verwiesen würden. Das Ober-Appellationsgericht hat auch bisher beständig und besonders in dem Falle, wenn die Gegenforderung, wie hier nicht ex eodem negotio herrührt, den Grundsatz befolgt, daß die illiquide Einrede der Compensation gegen einen liquiden Klaganspruch unzulässig sei, wie auch schon von

Bender im Lehrb. des Civilproz. der freien Stadt Frankfurt, Seite 404 a. E.

bemerkt worden ist. Und es kann die Anwendung dieses Grundsatzes auf die vorliegende Sache um so weniger bezweifelt werden, da in den Gerichten zu Frankfurt ebenfalls demselben gemäß erkannt zu werden pflegt.

4. Rymenans ca. Goldschmidt. 1840.

Die sofortige Verurtheilung der Beklagten in die Bezahlung des Kaufpreises aber und die Verweisung der Schadensliquidation ad separatum rechtfertigt sich aus dem Gesichtspunkte der Unstatthaftigkeit einer Compensation des liquidi in der Vorklage mit dem illiquidum der Widerklage; denn während die Forderung des Klägers an sich in aller Hinsicht klar und unbestritten ist, hängt die Bestimmung darüber, ob der Kläger dem Beklagten überall etwas zu vergüten haben wird, und wieviel, von der Führung sehr weit aussehender Beweise ab. Wenn nun gleich Forderung und Gegenforderung im vorliegenden Falle ex eodem negotio herrühren und unter dieser Voraussetzung die Vorschrift der

L. ult. Cod. de compens.

nicht leicht mit aller Strenge angewandt zu werden pflegt, so bleibt doch auch in einem solchen Falle Alles wesentlich dem billigen Ermessen des Richters überlassen, und wenn man nur erwägt, daß die gesammte Gegenforderung der Beklagten, wie schon erwähnt ist, von der Führung oder Nichtführung zweier successive zu erbringender, sehr weitläufigen und in ihrem Erfolge ungewissen Beweise abhängt, daß ferner allem Ansehen nach der Beklagte jedenfalls nur einen verhältnißmäßig sehr geringen Theil des Kaufpreises als Schadenersatz einzubehalten berechtigt sein wird, und daß es für beide Theile, namentlich auch für den Beklagten vortheilhafter erscheint, das liquidum von dem illiquidum gänzlich zu scheiden, um das Anwachsen der Zinsen und der auf die Waaren zu verwendenden Kosten, welche dem Beklagten auf keinen Fall erstattet werden, zu verhüten, während den Beklagten durch die von ihm zu beantragende cautio de eventualiter restituendo im endlichen Resultate völlig sicher gestellt wird: so war aus diesen Gründen in der Hauptsache allenthalben so, wie im Urtheile geschehen ist, zu erkennen.

5. Rolffs ca. Strunck. 1852.

Das Ober-Appellationsgericht ist auf den Grund der

L. ult. § 1. C. de compensat. (4, 31)

stets der Ansicht gefolgt, daß eine illiquide Gegenforderung auch im

ordentlichen Prozesse gegen einen liquiden Klaganspruch nicht zur Compensation gebracht werden könne, selbst wenn beide auf denselben Rechtsgeschäfte beruhen, vergleiche

Goldschmidt ca. Rymenans. 1840.
Biemer ca. Stadtkämmerei. 1845.

Der Antrag des Beklagten auf eine cautio de eventualiter restituendo konnte keine Berücksichtigung finden, da eine solche Sicherstellung nichts anderes sein würde, als eine cautio judicatum solvi, diese aber wegen einer anzustellenden Widerklage nicht gefordert werden kann.

Braunschweig ca. Goldschmidt. 1838.
Blank ca. Adler. 1848.

125.

J. F. B., Kläger und Widerbeklagter gegen **J. B. H.,** Beklagten und Widerklägern, Forderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 2. November 1855.

1) Es ist unbestritten, daß der Beklagte von dem Kläger am 1. December 1848 ein Darlehen von fl. 396 und am 6. October 1849 ein Darlehen von fl. 360 erhalten, daß er an dem letzteren fl. 175 abgezahlt hat und daß die Zinsen zu 4 pCt. von dem ersteren bis zum 31. Juli 1854 und von dem Rest des letzteren bis zum 6. October 1854 bezahlt sind.

2) Der Beklagte bestreitet jedoch das Rückforderungsrecht des Klägers durch die Behauptung, beide Theile seien mündlich dahier übereingekommen, daß er die Heimzahlung beider Vorschüsse ganz nach seiner Bequemlichkeit bewirken könne und daß Kläger für den Fall, daß Beklagter die jährlichen Zinsen berichtige, seinerseits nicht kündigen werde, sondern es ganz dem Beklagten überlasse, die Schuld allmählich oder durch Gegenrechnung abzutragen.

Da eine solche Uebereinkunft an sich nicht unstatthaft ist (Arg. L. 4. D. loc. cond. 19. 2.) L. 11. § 6. L. 41. § 13. D. de leg. III. (32), — Kläger aber deren Abschluß läugnet, so ist dem Beklagten der Beweis derselben nachzulassen.

Ob und inwieweit der Inhalt des H.'schen Briefes vom 1. März 1855 den Gegenbeweis herzustellen vermag, wird sich im Beweisverfahren ergeben, wenn sich der Kläger dieser Urkunde zu jenem Zwecke bedienen will, was ihm, wie sich von selbst versteht, unbenommen bleibt.

Kann der Beklagte den unter 2) gedachten Beweis nicht erbringen, so erscheint die Klage rücksichtlich des Darlehens vom 6. October 1849 ohne Weiteres ihrem ganzen Umfange nach als begründet. Was dagegen das Darlehen vom 1. December 1848 anbelangt, so enthält der Schuldschein das Versprechen, den schuldigen Betrag mit 4 pCt. zu verzinsen, oder auch nach und nach abzutragen. Da sich der Kläger mit diesem alternativen Versprechen begnügt hat, so kann er, so lange sein Schuldner lebt und es vorzieht, die Zinsen zu entrichten, das Capital nicht zurückfordern. Demnach ist der Kläger mit der auf das erste Darlehen bezüglichen Klage zur Zeit jedenfalls abzuweisen.

4) Die Compensationseinrede und Widerklage stellt sich nach dem eigenen Vortrage des Beklagten als zur Zeit unbegründet dar. Denn abgesehen von allen übrigen Einwendungen ist es unbestritten, daß dem Kläger, als überlebenden Ehegatten, Besitz, Verwaltung und Nießbrauch an dem Immobiliarnachlaß seiner Frau zusteht. Daraus folgt aber, daß weder die Immobiliar-Erben der Letzteren, noch deren Cessionar Herauszahlung oder Verzinsung des Immobiliarnachlasses in Anspruch nehmen können. Von einer Sicherheitsleistung des Klägers für die künftige Herauszahlung war zwar in den Verhandlungen beiläufig die Rede, ein Antrag darauf ist aber von dem Beklagten ebenso wenig gestellt, als eine Einrede auf deßfallsigen Anspruch zu begründen versucht worden.

Aus diesen Gründen wird hiermit für Recht erkannt:

I. Der Kläger wird mit seiner Klage auf Rückzahlung des Darlehens vom 1. December 1848 zur Zeit abgewiesen.

II. Der Beklagte wird schuldig erkannt, den Rest des Darlehens vom 1. October 1849 mit fl. 185 nebst Zinsen zu 4 pCt. vom 6. October 1854 bis zum 13. März 1855 und zu 5 pCt. vom letztgenannten Tag an binnen 14 Tagen zu bezahlen, auch die Hälfte der verursachten Streitkosten zu ersetzen, er würde denn binnen 14 Tagen beweisen:

daß er mit dem Kläger das oben unter 2) gedachte mündliche Uebereinkommen getroffen habe;

worauf abgeändertes Erkenntniß ergehen soll.

III. Der Beklagte wird mit seiner Widerklage zur Zeit abgewiesen.

Urtheil des Appellationsgerichts

vom 18. Januar 1856.

Auf Appellation des Klägers.

In der Schuldurkunde ist dem Schuldner vertragsmäßig die Wahl gelassen zwischen fortlaufender Verzinsung und successiver Heimzahlung des Darlehens. Mit diesem Uebereinkommen, welches den Gesetzen nicht widerstreitet, ist dem Gläubiger das Recht, Rückzahlung des Darlehens zu begehren, für so lange entzogen, als sein Contrahent mit der Zinsenzahlung nicht in Rückstand geräth. Dieser Fall liegt aber jetzt vor; denn die Zinsen aus dem fraglichen Darlehen sind seit dem 31. Juli 1854 rückständig und die von dem Beklagten versuchte Compensationseinrede ist rechtskräftig verworfen.

Die Entscheidung des Stadtgerichts, soweit solche zur ersten Beschwerde Anlaß gegeben hat, kann hiernach nicht aufrecht erhalten werden, allein dem Kläger ist daraus ein Anspruch auf sofortige Zahlung der ganzen Schuld nicht erwachsen, es geht vielmehr das Recht des Klägers nach Inhalt der Schuldurkunde nur dahin, daß die Schuld nunmehr nach und nach abbezahlt werde, weßhalb die Termine hierfür nach richterlichem Ermessen zu bestimmen sind.

Mit der Anerkennung der ersten Beschwerde ist auch die zweite gerechtfertigt. Der Verzug des Beklagten im Zahlen der Zinsen ist auch hier actenmäßig vorhanden und kann daher der Beklagte zu dem Beweise eines angeblichen Uebereinkommens nicht weiter zugelassen werden, dessen Wirksamkeit, seiner eigenen Angabe nach, durch die richtige Zinsenzahlung bedingt war. — — —

Diesemnach wird das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 2. November 1855 in seinen Bestimmungen unter I. und II. dahin abgeändert:

I. Der Beklagte ist schuldig, dem Kläger zu bezahlen, resp. zu erstatten

1) innerhalb 14 Tagen den Rest des Darlehens vom 6. October 1849 mit fl. 185 nebst Zinsen zu 4 pCt. vom 6. October 1854 bis 13. März 1855 und zu 5 pCt. vom letzteren Tag an;

2) das Darlehen vom 1. December 1848 im Betrage von fl. 396 nebst Zinsen zu 4 pCt. vom 31. Juli 1854 bis 13. März 1855 und zu 5 pCt. vom letzteren Tag an in sechs Terminen von je sechs Monaten, in deren erstem auch die bis dahin rückständigen Zinsen zu berichtigen sind;

3) innerhalb 14 Tagen die Kosten der ersten Instanz.

II. Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden verglichen und sind die Voracten zurückzusenden.

Auf Appellation der Beklagten wurde durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 18. Mai 1857 das Erkenntniß des Appellationsgerichts aufgehoben und dasjenige des Stadtgerichts vom 2. November 1855 unter Vergleichung der Kosten zweiter und dritter Instanz wiederhergestellt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

I. Legt man, mit dem Stadtgerichte, der Beurtheilung des vorliegenden Falles die Sachlage zu Grunde, wie sie zur Zeit der Klagmittheilung, resp. Litiscontestation, und auch nach der schließlichen, in erster Instanz abgegebenen Erklärung bestand, so erscheint die Entscheidung des genannten Gerichts, wie dieß auch die vorigen Richter anerkennen, vollkommen gerechtfertigt. Beklagter hat nicht bestritten, daß er dem Kläger zwei, zu 4 pCt. verzinsliche, Darlehen von fl. 396, resp. 185 schulde, und es handelt sich, nachdem die Compensations-Einrede rechtskräftig verworfen worden, nur noch um den Einwand, daß durch besondere Nebenverabredung das Rückforderungsrecht des Klägers beschränkt und zur Zeit ausgeschlossen sei. Anlangend

A. die eigentliche Bedeutung dieser vom Beklagten in Bezug genommenen Nebenabrede, so geht

1) dessen Behauptung dahin: „Beide Theile seien übereingekommen, daß Beklagter ganz nach seiner Bequemlichkeit die Heimzahlung der fraglichen Vorschüsse bewirken könne, und daß Kläger für den Fall, daß Beklagter die jährlichen Zinsen berichtige, seinerseits nicht kündigen werde, sondern es ganz dem Beklagten überlasse, die Schuld allmählich oder durch Gegenrechnung abzutragen.“ Den Kern dieser angeblichen Uebereinkunft bildet das Versprechen des Klägers,

für den Fall, daß Beklagter die jährlichen Zinsen berichtige, nicht kündigen zu wollen. Wenn es dem Beklagten daneben gestattet ist, nach seiner Bequemlichkeit das Capital, im Ganzen oder durch Abschlagszahlungen, baar oder durch Gegenrechnung, zu tilgen oder zu mindern, so erscheint diese Gestattung abhängig davon, daß das Kündigungsrecht des Klägers nicht eintritt, d. h. daß die jährlichen Zinsen berichtigt werden. Hiermit stimmt

2) soviel das Darlehen von fl. 396 betrifft, der darüber vom Beklagten unter dem 1. December 1848 ausgestellte Schein vollständig überein. Wenn sich hier Beklagter verpflichtet hat: „die (genannte) Summe mit vier Procent vom Hundert zu verzinsen oder auch diese Summe nach und nach abzutragen," so kann man darin zwar nicht, mit den vorigen Gerichten, die Uebernahme einer alternativen Verbindlichkeit in der Weise finden, daß Beklagter nach seiner Wahl entweder zu verzinsen oder nach und nach zurückzuzahlen habe, so daß also, wenn er das Letztere wählte, die Pflicht zur Verzinsung ganz cessiren würde. Der Gegensatz besteht vielmehr, nach der unverkennbaren Absicht der Contrahenten, nur in der Verzinsung des ganzen Capitals („dieser Summe") einerseits, und der Gestattung von Abschlagszahlungen, wobei die Verzinsung des Restes als selbstverständlich subintelligirt wird, andererseits. Dagegen folgt daraus, daß dem Beklagten die Wahl zwischen diesen beiden Verfahrungsweisen gelassen ist, allerdings, daß, so lange er die jeweilige Schuld regelmäßig verzinst, Kläger die Zahlung des Capitals nicht fordern darf.

B. Kläger hat die rechtliche Gültigkeit und Wirksamkeit einer Uebereinkunft der fraglichen Art deßhalb bestritten, weil sie die Rückzahlung des Darlehens in das Belieben des Schuldners setze. Allein die Gültigkeit derselben in dem Hauptpunkte der Unkündbarkeit des Capitals, so lange die Zinsen gehörig bezahlt werden, hat die ausdrückliche Anerkennung der Rechtsquellen für sich,

L. 4. § 3. D. de pact.

und kann auch das kein Bedenken gegen die Rechtsgültigkeit der fraglichen Uebereinkunft erregen, daß darin dem Schuldner die Befugniß zu beliebigen Abschlagszahlungen eingeräumt worden ist, die unter den obwaltenden Verhältnissen, wo der Gläubiger sich des Kündigungsrechtes bedingungsweise begeben hat, eher in dessen Interesse, als gegen dasselbe sind.

C. Kläger hat ferner die mangelhafte Substantiirung der Einrede, insbesondere in Betreff der Zeit des fraglichen Uebereinkommens, gerügt. Jedoch ebenfalls mit Unrecht. Denn es ist für die rechtliche Wirksamkeit dieses Letzteren ganz einerlei, ob dasselbe gleich beim Darlehensvertrag oder später durch ein besonderes pactum eingegangen ist.

L. 4. § 3 cit.

Auch erscheint der fragliche Mangel jedenfalls durch die statthafterweise in der Duplikschrift nachgebrachte Behauptung ergänzt: Kläger habe sowohl bei Auszahlung der fraglichen Beträge, als auch später öfters, insbesondere am 30. August 1850, die in Rede stehende Verpflichtung dem Beklagten gegenüber übernommen.

D. Diesem Allen nach konnte es sich nur noch um den Beweis des fraglichen Uebereinkommens handeln.

1) In Betreff der Schuld von ursprünglich fl. 360, jetzt noch fl. 185, steht die Nothwendigkeit eines erst noch zu liefernden Beweises dem Beklagten gegenüber rechtskräftig fest, da er das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 2. November 1855 nicht angefochten hat, und auch jetzt nur dessen Wiederherstellung begehrt. Dagegen ist

2) was das Darlehen von fl. 396 anlangt, der ohnedieß dem Beklagten obliegende Beweis durch den Schuldschein bereits geliefert. Die Beweiskraft dieses Scheines dem Kläger gegenüber folgt daraus, daß dieser selbst ihn als das die Verbindlichkeit des Beklagten darstellende Document angenommen und producirt hat. Derselbe hat zwar dagegen, daß dieser Schein zu Gunsten des Beklagten benutzt werde, in gegenwärtiger Instanz protestirt, jedoch lediglich aus dem Grunde, weil Beklagter sich excipiendo nicht auf diesen, sondern auf eine besondere mündliche Uebereinkunft berufen habe; allein dieser Protest kann schon deßhalb nicht in Betracht kommen, weil Beklagter allerdings bereits in der Exceptionsschrift bemerklich gemacht hat, die hier in Rede stehende Urkunde bestätige seine in Betreff der fraglichen mündlichen Uebereinkunft aufgestellte Behauptung.

II. Es fragt sich hiernach, ob man mit dem Appellationsgerichte anzunehmen habe, daß die aus der mehrerwähnten Uebereinkunft entnommene Einrede durch einen im Lauf des Prozesses eingetretenen neuen Umstand — daß nämlich Beklagter nunmehr mit der Zinsen-

zahlung in Rückstand gekommen — beseitigt sei. Diese Frage muß jedoch verneint werden.

A. Aus formellen Gründen,

1) daß Beklagter die Zinsen vom 31. Juli, resp. 6. October 1854 bis dahin 1855 nicht zur rechten Zeit gezahlt habe, ist, wenn auch eine negative, doch immer eine Thatsache, die nicht ohne Weiteres vorausgesetzt werden darf, sondern erst durch Anhörung der Partheien u. s. w. constatirt werden muß. Ueber dieselbe aber ergeben die Acten, wie sie zur Zeit der Urtheilsfällung des Appellations-Gerichts vorlagen, durchaus Nichts, sie durfte also — selbst wenn sie in den mündlichen Verhandlungen zur Sprache gekommen sein sollte — nicht beachtet werden:

Ges. üb. das Verf. in bürgerl. Rechtssachen vom 7. November 1848, § 12 und 32.

2) Es handelt sich um eine Replik, wodurch die aus der fraglichen Nebenverabredung entnommene Einrede elidirt sein soll. Eine solche aber ist vom Kläger gar nicht vorgeschützt und durfte, selbst wenn der Stoff dazu aus den Acten zu entnehmen gewesen sein sollte, nicht ex officio supplirt werden.

B. Aus materiellen Gründen. Allerdings muß

1) mit dem Appellationsgericht angenommen werden, daß Kläger zur Kündigung der beiden Darlehen — sowohl nach Inhalt des Scheins, als nach der vom Beklagten behaupteten Uebereinkunft — berechtigt wird, sobald Beklagter mit der Zinsenzahlung in Verzug kommt. Allein es ist

2) selbst zweifelhaft, ob — schon abgesehen von dem anhängig gemachten Prozesse — ein solcher Verzug ohne Weiteres deßhalb als eingetreten angesehen werden kann, weil Beklagter die vom 31. Juli, resp. 6. October 1854 an laufenden Zinsen weder an den gleichen Tagen des folgenden Jahres, noch auch bis zu ergangenem Stadt-, resp. Appellationsgerichts-Erkenntnisse bezahlt hatte. Man weiß nicht einmal, ob jene Tage die regelmäßigen Zinstermine sind, und jedenfalls ist nicht ersichtlich, daß sie als Zahlungstermine in einer solchen Weise vertragsmäßig festgesetzt worden, um hier die Regel „dies interpellat pro homine" zur Anwendung bringen zu können. Ueber eine durch besondere persönliche Interpellation begründete mora aber liegt Nichts vor, und daß eine solche nicht durch die vor Eintritt der Zins-

termine erhobene Klage herbeigeführt werden konnte, ist klar. Jedenfalls wird

3) durch die Art und Weise, wie Kläger in der Klage den Zinsenpunkt behandelt hat, die Annahme einer mora des Beklagten ausgeschlossen. Denn wenn auch an und für sich vertragsmäßige Zinsen während der Dauer des Rechtsstreits fortlaufen,

L. 35. D. de usur. (22. 1.)

L. 1. C. de judic. (3. 1.)

so hat Kläger dadurch, daß er von der Klage an Zinsen zu 5 pCt. forderte, während vertragsmäßig nur 4procentige zu leisten waren, den Beklagten in die Lage versetzt, annehmen zu können, daß vor der Hand und bis zur Beendigung des Prozesses die Fortentrichtung der vertragsmäßigen Zinsen nicht begehrt werde; und fehlt es so jedenfalls an dem zur Annahme einer wahren mora erforderlichen subjectiven Momente.

L. 5 in fin. D. de R. C. (12. 1.)

III. Mußte diesem Allen nach, unter Aufhebung des angefochtenen Erkentnisses, dasjenige des Stadtgerichts in der Hauptsache wiederhergestellt werden, so war

A. in Betreff der Kosten erster Instanz — des reviviscirenden Grav. III voriger Instanz des Klägers ungeachtet — dem Ausspruche des Stadtgerichts ebenfalls beizutreten. Dasselbe hat die eine Hälfte der Kosten stillschweigend verglichen, die andere für den Fall, daß Bekl'gter den ihm nachgelassenen Beweis nicht erbringen werde, diesem zur Last gelegt, und diese Vertheilung kann, da Kläger mit dem größeren Theile seiner Forderung, Beklagter aber mit seiner Compensations-Einrede zurückgewiesen worden und durch die, ihrer Begründung nach mit dieser Einrede zusammenhängende Widerklage — abgesehen von der in solcher erstatteten besonderen Duplikhandlung — besondere Kosten nicht entstanden sind, nur für eine der Sachlage entsprechende gehalten werden. — Dagegen war es

B. auch hinsichtlich der Kosten voriger Instanz, trotz der darauf sich erstreckenden Beschwerde des Beklagten, wegen des Wechsels der Erkenntnisse bei der erkannten Compensation zu belassen, und mußten endlich

C. aus gleichem Grunde auch die Kosten gegenwärtiger Instanz verglichen werden.

126.

Capdeville & Finke zu Bordeaux, Kläger wider den Curator und Contradictor der Nachlaßdebitmasse des **Johannes Haut**, Beklagten, Reclamation von 26 Oxhoft Wein betreffend.

Vorbemerkung.

Durch rechtskräftiges Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 31. Januar 1855 war den Klägern auferlegt worden, zu beweisen:

> daß Joh. Haut zur Zeit der Aufborgung der fraglichen Weine oder zur Zeit der angeordneten Uebersendung derselben von seiner Insolvenz bereits Kenntniß gehabt habe.

Ueber die hierüber erfolgte Beweisführung erging nachstehendes

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 20. Juni 1855.

In Erwägung, daß

1) aus den Acten sich überall nur das von productischer Seite nicht bestrittene Vorhandensein der Ueberschuldung des Joh. Haut zur Zeit der Aufborgung der fraglichen Weine, nicht aber der Umstand sich ergibt, daß Joh. Haut von dieser Ueberschuldung damals Kenntniß gehabt habe; gleichwie denn auch

2) andererseits daraus, daß Joh. Haut bis zu seinem Tode sein Geschäft in gewohnter Weise fortsetzte und in demselben Zahlungen leistete, und daraus, daß die Vormünder der von Joh. Haut hinterlassenen Kinder in der ersten Zeit nach dessen Tod von der Ueberschuldung desselben Nichts wußten, nicht gefolgert werden kann, daß Joh. Haut sich nicht für überschuldet gehalten habe,

3) dasjenige, was sich zu Gunsten des Beweissatzes aus der Wahrscheinlichkeit entnehmen ließe, daß dem Kaufmann Joh. Haut

der unzweifelhaft seit längerer Zeit vorhandene Zustand seiner Vermögensverhältnisse nicht wohl unbekannt geblieben sein könne, durch die Aussagen der Zeugen D. und T. aufgewogen wird, nach welchen allerdings sich einiger Schein dafür ergibt, daß Haut das von seiner Ehefrau eingebrachte und auf seine Kinder vererbte Vermögen nicht zu seinen Passiven gerechnet habe, daher

4) durch die vorstehend erwähnten Beweismittel weder der Beweis der Kläger, noch der Gegenbeweis zum Behufe der Gewissensvertretung von Seiten des beklagten Theiles für geführt zu erachten ist, und es lediglich auf die Ausschwörung des deferirten Eides ankommt:

I. Hat, vorbehältlich der Zurückschiebung, beklagter Theil sub poena jur. nol. den Schiedseid dahin zu leisten,

daß er nach sorgfältiger Erforschung der Wahrheit nicht wisse und nicht glaube, daß Johannes Haut am 2. März 1854 von seiner Ueberschuldung Kenntniß gehabt habe.

II. Leistet beklagter Theil diesen Eid, so werden Kläger mit der erhobenen Klage ab- und zur Ruhe gewiesen und zum Ersatze der dem beklagten Theil entstandenen Prozeßkosten — — — verurtheilt. — —

Urtheil des Appellationsgerichts

vom 14. September 1855.

Auf Appellation des Klägers.

In Erwägung, daß die beiderseitigen Beweisführungen auf bloße Wahrscheinlichkeiten und Vermuthungen hinauslaufen, die sich gegenseitig paralysiren, somit der in Reform. I. 39. 8 vorgesehene Fall, in welchem auf das juramentum decisorium zu erkennen ist, vorliegt, nach dessen Gestaltung in concreto dem Beklagten der Vorzug zuzugestehen und im Falle der Ableistung dieses Eides die Compensation der Kosten sowohl der ersten, als der gegenwärtigen Instanz auszusprechen ist,

wird der stadtgerichtliche Bescheid vom 20. Juni l. J. unter Bestätigung des übrigen Inhalts quoad membr. I. dahin abgeändert, daß im Falle der Ableistung des als Juramentum decisorium zu betrachtenden Eides die Kosten beider Instanzen zu compensiren sind.

Vorstehendes Erkenntniß wurde auf Appellation der Kläger durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 29. Mai 1857 unter Verfällung der Kläger in die Kosten dieser Instanz bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Der den Klägern durch das rechtskräftige Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 31. Januar 1855 aufgelegte und von denselben zu führen versuchte Beweis,

> daß der verstorbene Haut entweder zur Zeit des Ankaufs der fraglichen Weine (12. Januar 1854) oder zur Zeit der ertheilten Versendungsordre (2. März e. a.) von seiner Insolvenz Kenntniß gehabt habe,

konnte nicht anders als in Uebereinstimmung mit den vorigen Richtern beurtheilt werden.

Was zuvorderst den genauen Sinn der vorbemerkten Beweisauflage anbetrifft, so könnte es nach der Begründung des Appellationsgerichts-Erkenntnisses einigermaaßen zweifelhaft erscheinen, ob nicht den Klägern der Nachweis einer betrüglichen Creditsnachsuchung Seitens des Haut in der Weise zur Pflicht gemacht worden sei, daß der Letztere zu den betreffenden Zeitpunkten gewußt oder doch als wahrscheinlich angesehen habe, daß er den Kaufpreis der Weine zur Zeit der Fälligkeit zu zahlen außer Stande sein werde. Und wäre dieß anzunehmen, so würde das vollständige Verfehltsein des klägerischen Beweises ohne Weiteres klar vorliegen, denn die Kläger gehen selbst nicht weiter bei der Beurtheilung des von ihnen Beigebrachten, als daß der Vermögensstatus des Haut, wenn das Eingebrachte der verstorbenen Ehefrau desselben mitveranschlagt sein sollte, eine Unterbilanz enthalten habe, während Nichts dafür spricht, daß Haut jenes illatum als einen nicht zur Tilgung der laufenden

Geschäftsschulden zu verwendenden Vermögenstheil angesehen habe, im Gegentheil der Meinung gewesen sei, vor solcher Tilgung den Belauf des Eingebrachten aussondern und seinen Kindern sichern zu müssen. Gegen eine solche Annahme liegen die stärksten Vermuthungen vor. Das illatum wurde durch keine dem Haut entgegenstehende oder seinem Willen zuwiderhandelnde Persönlichkeit vertreten; er selbst war der Vormund seiner Kinder als der eventuell in Betreff des illatum Berechtigten und **mit** diesen lebte er von dem Ertrage seines Geschäfts. Auch das Interesse seiner Kinder führte ihn somit darauf hin, das Geschäft fortzusetzen und im Gange zu erhalten, was nur durch Verwendung des Eingebrachten als Betriebscapital geschehen konnte. Bei dieser Verwendung bestand auch um so weniger ein Bedenken, als nicht anzunehmen war, daß das Gesammtvermögen durch die im laufenden Geschäfte zu machenden Ankäufe verringert werden würde. An die Stelle der schuldig gewordenen Kaufbeträge traten die erhandelten Weine, an denen Haut, dessen Geschäft, wie die Kläger nicht bestritten haben, im ordentlichen Betriebe sich befand, zu verdienen hoffen durfte. — Dafür, daß Haut sein baldiges Ableben vorausgesehen, und aus diesem Grunde die Befriedigung der Kläger für die hier in Rede stehende Weinhandlung als unwahrscheinlich betrachtet habe, ist klägerischerseits gar Nichts beigebracht worden.

Indessen sprechen überwiegende Gründe gegen das im Obigen angegebene Verständniß der Beweisauflage, welche in einer den Klägern günstigeren Weise, und zwar dahin aufzufassen war, daß es schon genüge, wenn die Kläger den Beweis lieferten, Haut habe zu den in Betracht kommenden Zeitpunkten diejenige Insolvenz gekannt, welche sich nach seinem Ableben manifestirte, also die Unzulänglichkeit seiner Activa zur Tilgung seiner sämmtlichen Verbindlichkeiten, einschließlich des von seiner Frau eingebrachten Vermögens.

Nur von einer Insolvenz der vorbezeichneten Art, resp. der dem Haut von derselben beiwohnenden Kunde, haben nämlich die Kläger in ihrer Klagschrift geredet, und obwohl der Beklagte in seiner Vernehmlassung eigens darauf aufmerksam gemacht hat, daß die bloße Kenntniß der später kund gewordenen Ueberschuldung noch keinen wirklichen dolus des Haut begründen könne, indem, wenn

derselbe länger gelebt hätte, der ordentliche Fortgang des Geschäfts durch den Illatenfonds der Kinder keineswegs verhindert worden sein würde, und dann auch die Kläger unbedenklich das Ihrige erhalten hätten, so sind doch die Letzteren in ihrer Replik über die betreffenden Anführungen der Klagschrift nicht hinausgegangen. Demnach lag dem Stadtgericht und dem sodann in zweiter Instanz sprechenden Appellationsgerichte bei Feststellung des Beweisinterlocuts der Gegensatz zwischen bloßer Kenntniß der Ueberschuldung und zwischen der Bekanntschaft mit einem Zustande, welcher factisch die Befriedigung der Kläger unthunlich oder doch unwahrscheinlich machen werde, vor, und unter diesen Umständen kann der vom Stadtgerichte festgestellte und im Wesentlichen vom Appellationsgerichte beibehaltene Beweissatz:

> „daß Haut (um die betreffende Zeit) von seiner Insolvenz bereits Kenntniß gehabt habe,"

nur in dem zuletzt angegebenen Sinn aufgefaßt werden, wie dieß denn auch von beiden vorigen Instanzen, ausweislich der über die Beweisführung abgegebenen, von den Klägern jetzt angefochtenen Erkenntnisse geschehen ist.

Indessen selbst von dem vorgedachten Standpunkt aus konnte in Uebereinstimmung mit den vorigen Richtern nicht weiter zu Gunsten der Kläger, als auf einen Reinigungseid des Beklagten erkannt werden.

Zwar hat es seine Richtigkeit — und es hätte, da den Klägern hierüber niemals ein Widerspruch Seitens des Beklagten entgegengesetzt worden ist, hierfür keiner neuen Beweisstücke oder Ausführungen bedurft, — daß schon vor dem Tode des Haut eine materielle Ueberschuldung desselben Statt gefunden hat, allein nicht hierauf, sondern auf den Beweis der Kunde des Haut von diesem Zustande kam es an. In letzterer Beziehung haben die Kläger Zweierlei geltend gemacht.

1) Die höchste Wahrscheinlichkeit, daß Haut — ein tüchtiger und emsiger Kaufmann, der sogar eines guten Credits genossen habe — seine Ueberschuldung zu Anfang des Januarmonats 1854, sowie auch am 2. März desselben Jahres habe kennen müssen und wirklich gekannt habe;

2) alle sonstigen in den Acten zur Unterstützung des Beweisthemas vorkommenden Momente, Bekenntnisse, Urkunden und Vermuthungen.

Dieser letzteren ganz allgemeinen Bezugnahme auf den Inhalt der Acten hätte bei der gegenwärtigen Sachlage, wo es sich auf Seiten der Kläger um die Aufstellung bestimmter Beweismomente handelte, keine Folge gegeben werden können; übrigens ist auch aus den vorangegangenen Verhandlungen Beweismaterial, welches für die Kläger dienlich wäre, nicht zu entnehmen.

Dagegen war jener von den Klägern für sich angeführten Vermuthung Bedeutung nicht ganz zu versagen. Bei einem Kaufmann — zumal einem solchen, der eines guten Credits genießt, wie dieß bemerktermaaßen in Betreff des Haut auch nach den Erklärungen des Beklagten der Fall war — darf im Allgemeinen vorausgesetzt werden, daß er über seinen Vermögensstand sich nicht im Unklaren halte, sondern durch mehr oder minder sorgfältige Veranschlagungen mindestens soweit über seine finanzielle Lage sich vergewissere, um bei einem Activstande von circa fl. 25,000 eine Ueberschuldung von circa fl. 13,000 nicht leicht zu übersehen. Wenn der Beklagte dagegen einwendet, die Aufstellung dieser Vermuthung sei eine petitio principii, so bedarf dieß keiner Widerlegung. Und wenn er außerdem erwidert, Haut's Befähigung zum Betriebe des Geschäftes sei mehr technischer, als merkantilischer Art, und seine kaufmännischen Kenntnisse seien gering gewesen, und insbesondere habe er wenig von Buchführung und Correspondenz verstanden, wie er denn nicht der doppelten, sondern der einfachen Buchführung sich bedient habe, so können diese Behauptungen, da sie gänzlich unbewiesen sind, nicht berücksichtigt werden. — Auch im Gegenbeweise hat der Beklagte hierfür Nichts beigebracht, und wenn er angeführt hat, daß Haut ausweislich der Handlungsbücher niemals ein Inventarium und eine Taxation aufgenommen habe, so sind die Bücher weder beigebracht, noch hat sich der Beklagte zur Production derselben in Betreff dieses Punktes erboten.

Die oben erwähnte Vermuthung ist deßhalb beklagtischerseits nicht beseitigt. — Gleichwohl würde sie allein nicht zureichen, um den klägerischen Beweis zu liefern, oder auch nur den Klägern zum

Erfüllungseide verhelfen zu können, was indessen um so weniger geschehen kann, da der beklagtische Gegenbeweis nicht ohne allen Erfolg geblieben ist. — Denn wenn auch die von dem Beklagten angeführten Umstände, daß das Geschäft des Haut bis zu dessen Tode seinen ordentlichen Fortgang gehabt habe; daß Nichts vorgefallen sei, was auf einen Vermögensverfall habe schließen lassen, z. B. daß kein Wechsel gegen Haut protestirt, keine Klagen gegen ihn erhoben seien; daß ferner selbst die Vormünder der Haut'schen Kinder Anfangs von der Insolvenz keine Kunde gehabt und deßhalb das Geschäft fortzusetzen begonnen hätten, ersichtlich irrelevant, zum Theil unbewiesen sind, und wenn auch die Aussagen der Zeugen Dr. T. und F. keine Bedeutung für den beklagtischen Gegenbeweis haben, so ist doch die Deposition des beklagtischen Zeugen D. nicht ohne Erheblichkeit. Derselbe hat nämlich ausgesagt, er glaube nicht, daß Haut seine Insolvenz gekannt habe, noch auf dem Todtenbett habe derselbe ihm eine im Januar abgeschlossene Bilanz gezeigt, wonach seine Activa und Passiva sich das Gleichgewicht gehalten hätten. Ob die illata der Frau mit unter den Passivis aufgeführt gewesen seien, wisse er nicht, Haut habe ihm gesagt, daß seine Passiva sich auf fl. 8000 bis 9000 beliefen, er, der Zeuge, glaube nicht, daß Haut damals schon an's Sterben gedacht habe, auch nicht, daß er beim Zeigen der Bilanz und Angabe der Passiva die Absicht gehabt habe, sich Credit zu verschaffen.

Diese Aussage liefert zunächst eine Bestärkung der für die Kläger sprechenden Vermuthung, indem sich daraus ergibt, daß Haut noch im Jahr 1854 eine Bilanz seines Vermögens gezogen haben soll. Allein andererseits spricht sie gegen das Beweisthema, da nach jener Bilanz Activa und Passiva sich ausgeglichen und letztere nur die vorhin angegebene Summe betragen haben sollen. Man ist nicht berechtigt, ohne Weiteres anzunehmen, daß diese Angaben Haut's auf eine Täuschung des mit ihm befreundeten Zeugen berechnet gewesen wären, und es wird daher durch die Zeugen-Aussage allerdings ein Moment dafür geliefert, daß Haut über seine Vermögenslage eine völlig unrichtige Ansicht gehabt habe. Ein Bedenken bleibt hierbei allerdings, daß die Haut'sche Veranschlagung der Passiva von dem wirklichen Bestande sehr bedeutend

abweicht. Allein es steht dahin, ob Haut bei den hierbei im Sinne gehabten Passivis das illatum mit veranschlagt habe, sowie überhaupt der hier in Betracht gezogene Theil der D.'schen Aussage nicht in genügender Klarheit vorliegt.

Bei dem im Vorstehenden dargelegten Ergebnisse des beklagtischen Gegenbeweises mußte, wie schon oben angegeben, auf einen beklagtischen Reinigungseid erkannt werden, wofür auch der Umstand sprach, daß dem Beklagten über die Beziehungen des Haut zu seinen Vermögensangelegenheiten eine genauere Kunde beigemessen werden darf, als den entfernt wohnenden, mit Haut's Verhältnissen nicht näher bekannten Klägern.

Daß das Appellationsgericht den vom Beklagten abzuleistenden Eid ausdrücklich für das in der Ref. I. 39. 8 erwähnte juramentum decisorium erklärt hat, bewirkt materiell keinen Unterschied. Es kann deßhalb dahingestellt bleiben, ob die Reformation mit jenem Ausdruck eine besondere Unterart des nothwendigen Eides hat bezeichnen wollen.

Vergl. Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß in Sachen Forstamt ca. Clauer, September 1841.*)

Vergl. Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß in Sachen Gerold ca. Pillot, Juni 1853.**)

Die Kläger haben bei Aufstellung ihrer Beschwerde eventuell auch dadurch sich für verletzt erklärt, daß das Appellationsgericht auf Grund der beklagtischen Adhäsions-Beschwerde zweiter Instanz zu Gunsten des Beklagten reformirt habe. Letzteres ist nicht geschehen. Denn wenngleich der Beklagte seinen Gegenbeweis unrichtig als Gewissensvertretung bezeichnet und in solcher auf ein suppletorium angetragen hat, so ist doch das Appellationsgericht hierauf nicht eingegangen. Es hat vielmehr erklärt, daß beide Beweisführungen einander paralysirten, und darauf die Anordnung des juramentum decisorium gestützt, welches somit nicht als suppletorium in der Gewissensvertretung, sondern als ein richterlicher Eid zur Erledigung der im Haupt- und Gegenbeweis übriggebliebenen Zweifel angesehen werden muß. — Es ist demnach nicht zu Gunsten des Beklag-

---

*) Siehe Seite 225. — **) Siehe Seite 226.

ten, sondern der Kläger reformirt worden, da Seitens der Letzteren nicht erst auf die eventuell vorbehaltene Eidesdelation recurrirt werden sollte. Der hier berührte Punkt der klägerischen Beschwerdeführung ist somit gegenstandlos, und bedarf es keines weiteren Eingehens hierauf.

Auszug aus den Seite 224 angeführten Entscheidungsgründen in Sachen:

a. Clauer ca. Forstamt. 1841.

Wenn nun bei diesem Mangel der klägerischen Beweisführung, insofern die Sache nach gemeinem Rechte zu entscheiden wäre, nur noch etwa auf einen Reinigungseid des Beklagten zu erkennen sein würde, so entsteht noch die Frage, ob nicht die singuläre Vorschrift der Frankfurter Stadt-Reformation

Thl. I. Tit. 39. § 8.

über das juramentum litis decisorium zu einem andern Resultate führe. Diese Vorschrift verdankt aller Wahrscheinlichkeit nach der Meinung vieler älteren Juristen ihren Ursprung, daß nach der L. 3. C. de reb. cred. (41. 1), selbst im Falle eines ungefähr gleichen Gewichts des Beweises und Gegenbeweises, der Richter nicht, wie es die allgemeinen Prozeßgrundsätze mit sich bringen würden,

Martin, Lehrb. § 191.

ohne Weiteres gegen den Beweisführer, sondern immer noch auf einen Eid zu erkennen habe.

Duarenus, disputt. univers. Lib. II. C. 33.
Faber, error. pragm. Dec. 19. e. 1.
Donellus, com. de jure civ. Lib. XXIV. cap. 19. § 6 (ed. Koenig und Bucher).

und geht demnach dahin, daß im Falle einer solchen Collision des Beweises und Gegenbeweises darauf gesehen werden solle, welcher Theil 1) die stärkste Vermuthung für sich, 2) die bessere Wissenschaft von der Sache und 3) die größere Glaubwürdigkeit habe, bei

welchem klar vorliegenden Inhalte der Verordnung die Bedeutung des ungewöhnlichen Ausdrucks juramentum decisorium dahingestellt bleiben kann.

b. Gerold ca. Pillot. 1853.

Der dem Kläger vom Appellationsgerichte zuerkannte Eid ist in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Erkenntnisses, unter Bezugnahme auf die

Ref. I. Tit. 39. § 8

als juramentum decisorium bezeichnet worden. Nach den Worten der gedachten Gesetzesstelle gewinnt es auch, wie das Ober-Appellationsgericht bereits in einer frühern Rechtssache:

Forstamt ca. Clauer, 1841.

ausgesprochen hat, den Anschein, daß unter jenem Ausdruck eine besondere Unterart des richterlichen Eides hat verstanden werden sollen. Die Frage, wie sich dieses juramentum decisorium von dem gewöhnlichen Erfüllungseide unterscheide, und ob es nicht namentlich auf den Fall zu beschränken sei, wo eine Collision zwischen geführtem Beweis und Gegenbeweis zu lösen ist, kann indessen dahingestellt bleiben, denn jedenfalls ist nach der angeführten Stelle der Reformation soviel klar, daß der Eid nur einer Parthei zuerkannt werden kann, welche starke Anzeigen oder Vermuthungen für sich hat.

127.

A. L. C. W., Kläger, Appellat gegen seine Ehefrau, **J. W. W.**, geborne S., Beklagte, Appellantin, Nichtigkeitserklärung der Ehe betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 29. Mai 1857.

Der Beklagten liegt, nach Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 27. October 1855, *) der Beweis ob, daß ihr der Kläger in einer der Geburt ihres Kindes entsprechenden Zeit geschlechtlich beigewohnt habe. Die vorigen Gerichte haben mittelst Normirung des von ihnen dem Kläger zuerkannten Schiedseides ausgesprochen, daß diese entsprechende Zeit die Periode vom 2. Juli bis 28. October 1852 sei, und hierbei haben sich beide Theile beruhigt. Es beschwert sich nur die Beklagte darüber, daß auf den zugeschobenen und nicht auf den Erfüllungs-, eventuell auf den Reinigungseid gesprochen worden sei. Diese Beschwerde erscheint zwar auch in ihrem eventuellen Theile als statthaft; denn wenn gleich Beklagte in voriger Instanz nur Zulassung zum Erfüllungseide verlangt hat, so war doch hierin das Begehren, daß der Beweis wenigstens für so weit erbracht erklärt werde, um zur Auferlegung des Reinigungseides kommen zu können, als ein Minus mitenthalten. Auch ist ein, wenngleich entfernteres Interesse des producentischen Theiles dabei, daß der Eid als Reinigungs- und nicht als deferirter Eid ausgeschworen werde, anzuerkennen.

L. 31. D. de jurejur. (12. 2.)

Dagegen mußte die Beschwerde für unbegründet erachtet werden.

---

*) Siehe Band II., Seite 225.

15*

Beklagte ist

1) der Ansicht, daß — schon abgesehen von den Zeugen-Aussagen — eine so starke Vermuthung für das Beweisthema begründet sei, daß darauf hin der Erfüllungseid hätte nachgelassen werden müssen. Denn es sei

a) eingeräumt, daß Kläger, der seine Frau im August 1852 kennen gelernt haben wolle, von da an eine nähere Bekanntschaft mit ihr gehabt, sich noch im Laufe jenes Monats mit ihr verlobt und sie von dieser Zeit an täglich gesehen habe, namentlich allabendlich mit ihr zusammengewesen sei. Schon dieser Umstand, sowie die Thatsache der noch im November desselben Jahres vollzogenen Hochzeit gebe zu der Vermuthung Anlaß, daß die Schwängerung in die Zeit jener Bekanntschaft, resp. des Brautstandes falle und vom Kläger herrühre. Es sei außerdem

b) zugestanden, und nach Lage der Sache unzweifelhaft, daß Beklagte sich zur Zeit der Verheirathung in einem Zustande schon ziemlich vorgerückter Schwangerschaft befunden, und ein solcher Zustand lasse sich vor dem Bräutigam, resp. Ehemann nicht verheimlichen. Habe aber Kläger von der Schwangerschaft der Beklagten Kenntniß gehabt und gleichwohl die Ehe eingegangen, resp. unter fortwährender Ausübung seiner ehemännlichen Rechte fortbestehen lassen, so müsse man daraus folgern, daß er selbst der Urheber dieser vorehelichen Schwangerschaft gewesen sei.

Es kann jedoch den hier hervorgehobenen Momenten für den von der Beklagten zu liefernden Beweis eine selbstständige Bedeutung überall nicht beigelegt werden.

Zu a) An und für sich berechtigt der Umstand, daß zwischen zwei Personen ein Liebesverhältniß bestanden, welches zum Brautstande und später zur Ehe geführt hat, in keiner Weise zu der Vermuthung, daß ein vorehelicher Beischlaf zwischen ihnen Statt gefunden habe. Stände freilich fest, daß Beklagte während jenes Verhältnisses geschwängert worden, so spräche eine gewisse menschliche Vermuthung dafür, daß der erklärte Liebhaber, resp. Bräutigam der Schwängerer gewesen. Allein nach des Klägers Behauptung datirt seine Bekanntschaft mit der Beklagten erst vom 7. August 1852 her, während die Möglichkeit der Statt gefundenen Schwängerung bis zum 2. Juli zurückgeht, und es nach dem Physicatsgutachten wenigstens das Wahr-

scheinlichere ist, daß die Schwängerung vor dem zugestandenen Anfange der Bekanntschaft erfolgt ist. Beklagte findet freilich noch ein unterstützendes Moment in der so schnell auf die Verlobung erfolgten Hochzeit. Allein der zwischen dem Tage der förmlichen Verlobung (29. August) und der Hochzeit (24. November) liegende Zwischenraum ist kein so kurzer, daß man von einer auffallenden, oder gar anstößigen Beschleunigung der ehelichen Verbindung reden könnte, und es lassen sich dafür, daß die letztere nicht weiter hinausgeschoben worden, so vielerlei Gründe denken, daß man in keiner Weise berechtigt ist, gerade einen vorzeitig erfolgten Beischlaf als die bewegende Ursache vorauszusetzen.

Zu b) Wenn es feststände, daß Kläger bei oder kurz nach Eingehung der Ehe die Schwangerschaft der Beklagten wahrgenommen, so würde allerdings aus der unbestrittenen Thatsache, daß er die Ehe und den ehelichen Umgang ruhig fortgesetzt, eine starke Vermuthung dafür zu entnehmen sein, daß er sich selbst für den Urheber der Schwangerschaft gehalten, also in der betreffenden Zeit mit der Beklagten concumbirt haben müsse. Allein Kläger hat entschieden geläugnet, daß er jene Wahrnehmung gemacht, und es fehlt an jedem Beweise für das Gegentheil. Es kommt hiernach im Wesentlichen nur

2) auf die Zeugen-Aussagen an. Soweit nun die von den beklagtischen Zeugen bekundeten Thatsachen in die Zeit des Brautstandes fallen sollten, ist ihnen unbedenklich eine jede Erheblichkeit für das Beweisthema abzusprechen. Abendliches Nachhausebegleiten, Zusammenstehen vor der Hausthüre, gemeinschaftliche Spaziergänge durch die Straßen und selbst eine Promenade durch die Anlagen an einem Sommerabend gegen 9 Uhr, wo dieselbe noch ganz belebt zu sein pflegt, sind in jenem Verhältnisse — namentlich unter Personen von dem Stande der Streittheile — gewöhnlich vorkommende und unverfängliche Dinge. — Nun wird man den Anfang der Brautschaft auf den 17. August 1852 zu setzen haben. Kläger datirt von diesem Tage „das eigentliche Verhältniß" und Beklagte behauptet, an demselben (einmal nennt sie sogar schon den 7. August) habe Kläger bei ihrem Vater um sie angehalten.

Die Aussage des Zeugen W.: er habe im August mehrmals Abends gegen 10 Uhr den Kläger mit der Beklagten vor der Letzteren Hausthüre stehen sehen, kann sich also sehr wohl auf die Zeit des Braut-

standes beziehen, worauf auch ihr Inhalt hindeutet. Dagegen verlegen freilich die Zeuginnen R., B., H. und Sch. die von ihnen gemachten Wahrnehmungen in den Juli oder die Kirschenzeit." Es darf indeß

a) bezweifelt werden, ob die Aussagen in diesem Punkte vollkommen genau seien. Die Vernehmung hat über ein Jahr nach den betreffenden Vorgängen Statt gefunden und die Zeuginnen haben keine sicheren Anhaltspunkte angegeben, welche die Ueberzeugung zu gewähren vermöchten, daß ihre Erinnerung in Betreff der Zeit, wo so leicht eine Irrung möglich, eine feste und untrügliche sei. Es kommt hinzu, daß die Aussagen der Gegenbeweiszeugen das Gegentheil wahrscheinlich machen. Sch., ein naher Verwandter der Beklagten, und die S. bezeugen, daß Kläger ihnen — und zwar zu einer Zeit, wo gar kein Interesse, welches derselbe bei einer falschen Angabe gehabt haben könnte, ersichtlich ist — erzählt, er habe die Beklagte „bei den Chinesen" kennen gelernt, und daß die Vorstellung dieser Letzteren erst am 5. August 1852 begonnen, steht durch das beigebrachte Intelligenzblatt und das stillschweigende Eingeständniß der Beklagten fest. Außerdem hat die Ehefrau Sch. nicht nur eine ähnliche in Gegenwart des Klägers, sondern auch das bezeugt, daß Beklagte ihr gesagt, sie habe ihren damaligen Bräutigam bei der Production der Chinesen zum ersten oder zweiten Male gesprochen.

Sieht man aber auch hiervon ab und bleibt lediglich

b) bei den Zeitangaben der Zeuginnen R., B., H. und Sch. stehen, so verlieren doch die von Diesen bekundeten abendlichen Zusammenkünfte und gemeinschaftlichen Spaziergänge den verdächtigen Charakter, den sie unter anderen Verhältnissen vielleicht haben würden, durch die kurze Zeit darauf erfolgte Verlobung und demnächstige Eheschließung, indem diese Umstände dafür sprechen, daß es dem Kläger von Anfang an nicht um einen unerlaubten Geschlechtsgenuß zu thun, sondern seine Absicht auf die Ehe gerichtet war.

Diesem Allem nach kommt es

3) auf den vom Kläger versuchten Gegenbeweis, der übrigens ein erhebliches Resultat ebenfalls nicht geliefert hat, nicht an. Es muß vielmehr schon auf Grund des gänzlich verfehlten Hauptbeweises bei dem in den angefochtenen Erkenntnissen zuerkannten Schiedseide gelassen werden.

128.

Constantin Fellner & Sohn in Liquidation Kläger gegen den Ober-Appellationsgerichts-Procurator **Heeser** zu Wiesbaden, Beklagten, Forderungen und Gegenforderungen, in specie den öffentlichen Verkauf verpfändeter Staatseffecten betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 1. November 1854.

In Erwägung, daß

1) zwar der hiesige Platz als locus contractus et solutionis nicht zu betrachten ist, weil klagender Theil weder gehörig substantiirt hat, daß die — — Geschäfte dahier abgeschlossen worden seien, noch eine ausdrückliche Vereinbarung behauptet hat, nach welcher die Zahlung dahier zu leisten wäre, daher

2) eine gegen den auswärtigen Beklagten gerichtete persönliche Klage dahier als unzulässig erscheint, hingegen

3) nach des Beklagten eigenem Vortrag klagender Theil Werthpapiere des Beklagten rechtmäßiger Weise in Verwahrung bekommen hat, an welchen demselben für seine Forderung an den Beklagten auf den Grund des Artikel 54 der Wechselordnung von 1739 ein Pfandrecht zusteht, wie denn auch ein solches dem klagenden Theil mittelst Schreibens vom 29. December 1852 verbis „als Depot" von dem Beklagten noch ausdrücklich eingeräumt worden ist, daher

4) die erhobene Klage zugleich als Pfandklage betrachtet werden muß und als solche vor das hiesige Forum gehört, wobei

5) es nicht verschlägt, daß Beklagter den klagenden Theil bei einem anderen Gericht ad agendum provocirt hat, da die Provocation keine Prävention begründet, sowie es denn auch

6) nicht releviren würde, wenn auf die Provocation des Beklagten das Herzogliche Justizamt zu Wiesbaden der Fellner'schen Hand-

lung eine Frist zur Klagerhebung anberaumt und Fellner um Erstreckung dieser Frist gebeten hätte, da weder Beklagter zu behaupten vermag, daß der gedachten Handlung aufgegeben gewesen sei, ihre Klage bei dem dortigen Gericht anzustellen, noch, wie aus dem bei den Acten befindlichen Fristgesuch ersichtlich ist, gedachte Handlung darin erklärt hat, daß sie die Klage bei dem Justizamt in Wiesbaden anstellen wolle, — übrigens in Ermangelung deßfallsigen Widerspruchs die Behauptung des klagenden Theils, daß ihm die in Frage stehende Frist lediglich zur Erklärung auf die Provocation anberaumt worden sei, für zugestanden zu erachten ist, — sonach aus diesem Fristgesuch keineswegs sich die Folgerungen ergeben, welche Beklagter daraus ableiten will;

7) die Berechnung von ⅓ pCt. Provision per drei Monate auch für die Zeit, um welche klagender Theil keine Wechsel mehr acceptirte, in der deßfallsigen ursprünglichen Uebereinkunft der Partheien ihre Rechtfertigung findet, da Beklagter in dieser Hinsicht eine spätere abweichende Vereinbarung der Partheien nicht zu behaupten vermag, sowie denn auch Beklagter noch in dem Brief vom 23. Februar 1852 die klägerische Abrechnung nicht beanstandet hat;

8) Beklagter dem klagenden Theil, welcher ihn durch Brief vom 30. December 1852 um Verkaufslimito gebeten hatte, in dem Brief vom 11. Februar 1853 geantwortet hat:

> „so lange die steigende Bewegung aushält, ersuche ich Sie, meine Papiere noch zu behalten . . . . . Sollte unerwartet eine anhaltend rückgängige Bewegung zu erwarten sein, so ersuche ich Sie, meine 2 Metalliques abzugeben und dieselben nicht unter 85 pCt. kommen zu lassen;"

in diesen Worten aber ein gehörig bestimmter Auftrag zu 85 pCt. nicht enthalten ist, indem klagender Theil nur dann die Papiere nicht unter 85 pCt. kommen lassen sollte, wenn eine anhaltend rückgängige Bewegung zu erwarten wäre, daher klagender Theil, welchem die Voraussicht, ob eine solche Bewegung zu erwarten stehe, nicht angesonnen werden durfte, mit Recht durch Brief vom 12. Februar 1853 bestimmte Limitirung von dem Beklagten verlangt hat, und es demselben überall nicht zum Vorwurf gereicht, wenn er auf den Brief

des Beklagten vom 11. Februar 1853 den Verkauf der Papiere unterließ, ebenso

9) dem klagenden Theil ein Verschulden nicht zur Last fällt, wenn derselbe auch auf den Brief des Beklagten vom 1. Juni 1853 die 2 Metalliques-Obligationen nicht verkauft hat, indem aus dem damaligen Stand dieser Papiere unzweifelhaft zu entnehmen war, daß das in dem gedachten Brief bestimmte Limito von 45 pCt. auf einem Versehen des Beklagten beruhte, daher klagender Theil nur in beiderseitigem Interesse gehandelt hat, als er am folgenden Tag den Beklagten aufforderte, ihm den Cours, unter welchem er nicht verkaufen sollte, umgehend anzuzeigen, und Beklagter lediglich sich selbst den Schaden zuzuschreiben hat, welcher ihm dadurch entstanden ist, daß er es unterließ, der klägerischen Aufforderung Folge zu leisten;

10) dagegen der in dem Brief des Beklagten vom 1. Juni 1853 enthaltene Verkaufsauftrag hinsichtlich der am 1. März 1853 fälligen Coupons gehörig bestimmt war, und klagender Theil nicht in Abrede zu stellen vermag, daß am 2. Juni 1853 der Wiener Cours 110¼ gewesen sei, sonach die fraglichen Coupons dem Beklagten zu diesem Cours zu berechnen sind, wonach sich die klägerische Forderung um fl. 1. 3 kr. vermindert:

wird unter Verwerfung der compensationsweise und eventuell widerklagend geltend gemachten Ansprüche des Beklagten zu Recht erkannt:

> Beklagter ist schuldig, binnen 14 Tagen den Betrag von fl. 2098. 12 kr. sammt Zinsen zu 5 pCt. — — gegen Auslieferung der in dem Contocorrent genauer bezeichneten 2 Stück 5procentiger k. k. Metalliques-Obligationen von je fl. 1000 nebst Coupons zu den vom 1. März 1854 laufenden Zinsen, an die klagende Handlung zu bezahlen und derselben die entstandenen Prozeßkosten zu erstatten, bei Vermeidung, daß nach erfolgtem Ablauf dieser Frist wegen Versteigerung der vorerwähnten Obligationen zum Behuf der Befriedigung des klagenden Theils, aus dem Erlöse, salvo jure de residuo, weitere Verfügung ergehe.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 18. Juni 1855.

(Rechtsfacultät Halle.)

Auf Appellation des Beklagten.

Erkannt:

daß die Formalien der Appellation für beobachtet anzunehmen, und was die Sache selbst betrifft, es bei dem den Partheien am 1. November 1854 publicirten Erkenntnisse nicht zu belassen, vielmehr unter Wiederaufhebung desselben die Klage, sowie sie angebracht, abzuweisen und Kläger die Kosten erster Instanz zu tragen, bezüglich zu erstatten schuldig.

Die Kosten zweiter Instanz werden mit Ausnahme der durch Einholung des auswärtigen Rechtsspruches erwachsenen, welche dem Appellanten zur Last fallen, aus bewegenden Gründen gegen einander compensirt und aufgehoben.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 15. Juli 1857.

Auf Appellation der Kläger.

Erkannt:

daß die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, und Materialien anlangend, wie hiermit geschieht, das bei dem Appellationsgerichte der freien Stadt Frankfurt eröffnete Erkenntniß vom 18. Juni 1855, soviel die Hauptsache und die Kosten erster Instanz anbelangt, wieder aufzuheben, und insoweit das Stadtgerichts-Urtheil vom 1. November 1854, unter Compensation der Kosten jetziger Instanz in der Maaßen wiederherzustellen sei:

daß Kläger bis zum Belaufe von fl. 2098. 12 kr. sammt Zinsen zu 5 Procent vom 1. Juli 1854 ab zum öffentlichen Pfandverkaufe der in ihren Händen befindlichen zwei Stück 5procentiger Oesterreichischer Metalliques à Conv.-fl. 1000. Nr. 68,812 und 68,813 nebst Coupons zu

den vom 1. März 1854 laufenden Zinsen zu ermächtigen, im Uebrigen wegen ihrer nach Abzug des Pfand-Erlöses annoch habenden Ansprüche von den Frankfurter Gerichten ab- und mit der Rückstandsklage an den ordentlichen Gerichtsstand des Beklagten zu verweisen seien.

Entscheidungsgründe.

Anlangend

I. die Competenz der Frankfurter Gerichte in vorliegender Rechtssache, so war

A. der Ansicht der vorderen Gerichte, daß solche für die auf Zahlung der Schuld gerichtete Personal-Klage zu Frankfurt für den zu Wiesbaden domicilirten Beklagten nicht begründet sei, beizutreten. Nicht bloß ist der replikarische Versuch der Kläger aus dem vagen Zusammenhange, welcher zwischen ihrer Forderung und den vom Beklagten reconveniendo verfolgten Gegenansprüchen bestehe, für Jene einen außerordentlichen Gerichtsstand herzuleiten, mit Recht weder einer Berücksichtigung, noch selbst einer tiefer eingehenden Widerlegung werth erachtet werden, sondern auch der gleichfalls replicando vorgebrachten Behauptung der Kläger, es sei Frankfurt locus contractus et solutionis gewesen, daher dort das besondere forum obligationis begründet, stand keine weitere Folge zu geben. Denn über die einzelnen gegenseitigen Geld- und sonstigen Geschäfte, welche seit langen Jahren zwischen den Partheien bestanden haben, und in dem der Klage zu Grunde gelegten Contocorrent mehr ihrem endlichen Gesammt-Ergebnisse nach zusammengefaßt, als in Bezug auf Ursprung, Zweck und Erfolg dargelegt sind, fehlt es an allen näheren Angaben, und vermag immerhin der von der Sent. a qua mit dem Beklagten aus dessen persönlicher Abwesenheit gegen die Competenz der Frankfurter Gerichte entnommene Grund nicht als durchgreifend zu erachten, vielmehr dieser Mangel dadurch ersetzt sein, daß sich unter deren Gerichtsbarkeit Vermögen des Beklagten befindet, jedenfalls entbehrt doch jenes Vorbringen der Kläger derjenigen Substantiirung, welche allein darüber ein verläßliches Urtheil gestatten würde, ob hier „Sachen (und Schulden) halber“ gestritten werde,

so allhier in Frankfurt contrahirt (verhandelt und gemacht) oder ... doch die Bezahlung allhier ... zu thun versprochen worden.

Vergl. Reform. I. 11. § 1. 12. pr. Proz. Ord. Art. 52.

Wenn dagegen

B. die Sent. a qua, abweichend von dem erstinstanzlichen Urtheile, davon ausgeht, daß auch als forum rei sitae sich das Frankfurter Stadtgericht vorliegend keine Gerichtszuständigkeit hätte beilegen dürfen, so konnte es kein Bedenken haben, die deßfallsige Beschwerde der Kläger für durchaus begründet anzuerkennen. Denn daß

1) dasjenige Recht, welches in Art. 50 und 54 der W.-O. unter den dort näher angegebenen Voraussetzungen den Kaufleuten an den in ihren Händen befindlichen Sachen ihrer Geschäftsfreunde ertheilt, und durch das Gesetz vom 10. Januar 1837 sub B. auch sonstigen Gläubigern gegen ihre Schuldner zugestanden ist, kein bloßes Retentions-, sondern ein wirkliches Pfandrecht sei, ist vom Ober-Appellationsgerichte wiederholt schon ausgesprochen und dergestalt in der Frankfurter Praxis anerkannt, daß es weiterer Ausführung hierüber nicht bedarf. Im Uebrigen liegt aber auch hier die vertragsmäßige Bestellung eines Pfandrechts klar vor, indem beim Hinblick auf die vorangegangene Correspondenz, insbesondere auf die des Jahres 1850, wenn nicht schon der klägerische Brief vom 21. September 1852, doch jedenfalls der am 28. December desselben Jahres, worin die Einsendung der Metalliques „als Depot" von den Klägern zur „Bedingung" des dem Beklagten zu gewährenden weiteren Credits gemacht wurde, jeden Zweifel beseitigt, daß Kläger das Verlangen einer Pfandsicherheit gestellt haben, welchem Beklagter, falls er nicht durch Zahlung sofort seinen längst fälligen Verbindlichkeiten nachkam, Folge zu geben verbunden war, und ausweislich seiner auf jenem Briefe befindlichen Antwort vom 29. December alsbald, wenn auch unter dem von den Klägern bewilligten Wunsche nachkam, daß selbige mit und bei dem Verkaufe dieses Depots noch bis zu seinen weiteren Dispositionen Anstand nehmen und sein Interesse thunlichst wahrnehmen möchten. Ebenso wenig ist

2) darin der Sent. a qua beizutreten, daß Kläger die Pfandklage überall nicht erhoben hätten, indem Fassung und Begründung, wie Petitum der Klage, namentlich die Bezugnahme auf obige Gesetze

nicht etwa bloß eine derartige Auffassung derselben gestatten, sondern gar keinem Zweifel Raum geben, daß die Verfolgung ihrer Pfandrechte vor Allem in den Intentionen der Kläger gelegen habe, und bei dieser Evidenz darauf kein Gewicht sich legen läßt, daß sie auf den Einwand des Beklagten, nur persönlich wegen Darlehens belangt und den Frankfurter Gerichten für seine Person nicht unterworfen zu sein, zwar jenen Versuch, das forum contractus et solutionis als daselbst begründet darzustellen, gemacht, nicht aber dieß ausdrücklich opponirt haben, daß doch jedenfalls für die von ihnen mit erhobene Pfandklage eine Competenz des Stadtgerichts anzuerkennen wäre. Da nun auch

3) darüber kein Streit obwaltet, daß die Metalliques-Obligationen, um deren Pfandverkauf es sich handelt, im Besitze der Kläger und unter der Jurisdiction des Stadtgerichts befindlich seien, auch von dem Ober-Appellationsgerichte bereits wiederholt ausgesprochen ist, daß das forum rei sitae nicht blos bei beweglichen Sachen gleichfalls Platz greife, sondern auch die Verpfändung von Staatspapieren und anderen au porteur lautenden Schuldscheinen, weil bei solchen der Charakter der Waare vorherrsche, und daher keineswegs ein bloßes pignus nominis durch die Pfandbestellung entstehe, zu Begründung dieses besonderen Gerichtsstandes genüge, so war insoweit, als die Sent. a qua auch nach dieser Richtung hin die Einrede der Incompetenz für begründet erklärt hat, die Beschwerdeführung der Kläger und deren Antrag auf Herstellung des Stadtgerichts-Erkenntnisses als durchaus gerechtfertigt anzuerkennen.

II. Auch in der Sache selbst mußten

A. die verschiedenen Einwendungen, welche Beklagter gegen den der Klage zu Grunde gelegten Contocorrent erhoben, und nach deren in erster Instanz erfolgter Verwerfung mittelst der von den vorigen Richtern mit Recht ganz bei Seite gesetzten, bei Wiederanerkennung der stadtgerichtlichen Competenz jetzt von selbst reviviscirenden Grav. II—IV voriger Instanz weiter verfolgt hatte, theils als ganz ungegründet, theils als solche anerkannt werden, welche nach der Actenlage im dermaligen Prozesse keine Beachtung finden können.

Den Hauptpunkt bildet in solchem Betracht

1) der Einwand des Beklagten, daß er, nachdem Kläger unterlassen hätten, auf Grund seines Briefes vom 1. März 1853, worin

denselben der Coursstand von 85 pCt. als unterstes Limitum des von ihnen zu bewirkenden Verkaufs bezeichnet wäre, sowie seiner speciell auf den folgenden Tag gestellten und ganz bestimmten Verkaufs-Ordre vom 1. Juni 1853 die fraglichen Obligationen zu veräußern, Entschädigung zu fordern berechtigt sei, und zwar dahin, daß die Differenz zwischen dem am 2. Juni bei damaligem Coursstande von 85 pCt. zu ermöglichenden Erlöse und demjenigen, welchen künftig der Verkauf des Pfandes ergeben werde, ihm ersetzt und auf seine Schuld zu gute gerechnet werden müsse.

Dieser Anspruch würde nur dann für begründet können erachtet werden, wenn Kläger jene Weisungen ohne Weiteres acceptirt und doch unbeachtet gelassen hätten. Nun aber hatten sie auf den ersteren Brief dem Beklagten zu erkennen gegeben, daß sie das Risico der beigefügten Clausel, nur wenn eine anhaltend rückgängige Bewegung der Metalliques zu befürchten sei, den Verkauf vorzunehmen und dieselben nicht unter 85 pCt. sinken zu lassen, nicht übernehmen könnten und wollten, vielmehr um ein „bestimmtes Limit" bitten müßten; und auf Empfang der Verkaufs-Ordre vom 1. Juni, weil das darin gesetzte Limitum Bedenken zu erregen wohl geeignet war, und auch den Klägern füglich, wie sie angaben, unleserlich scheinen konnte, ist zugestandenermaaßen wiederum alsbald eine bessere und genaue Angabe des Limitum verlangt und dieser Wunsch sogar unterm 29sten desselben Monats erneut worden. Es hat Beklagter daher lediglich sich selbst es beizumessen, wenn Kläger den Verkauf am 2. Juni wie demnächst unterließen, und muß der Verlust, welcher dadurch, unter Hinzutritt des späteren, ganz unerwarteten Sinkens aller Staats-Effekten, eingetreten ist, und trotz der inzwischen wieder Statt gehabten Besserung des Courses demnächst bei dem Pfandverkauf sich schließlich heraus- und feststellen wird, als einen selbstverschuldeten seinerseits tragen; und zwar gleichviel, ob wirklich, wie vom Beklagten in erster Instanz vorgewendet war, allein als für die hier fraglichen Entschädigungsansprüche unerheblich keiner weiteren Erwägung unterzogen zu werden braucht, mit dem Jahre 1849 die ursprünglichen Schuldbeziehungen in das Verhältniß eines einfachen Darlehens umgewandelt sind, und ob man, was übrigens gar keine Unterstützung in den Acten findet, die Kläger,

weil sie für ihre bereits fälligen Forderungen mit der durch Zusendung der Metalliques genommenen Pfandsicherheit sich einstweilen begnügten, und Zeitpunkt wie Bedingungen des ihnen kraft ihres Pfandrechts selbstständig gestatteten Verkaufs immer noch von der Ordre des Beklagten abhängig bleiben zu lassen bereit waren, als bloße Verkaufs-Mandatare desselben zu behandeln berechtigt wäre.

Ebenso unbegründet, als hiernach obiger Hauptentschädigungs-Anspruch sich darstellt, ist

2) das Verlangen des Beklagten, daß ihm für die zu den verpfändeten Obligationen gehörigen Coupons vom März 1853, weil Kläger solche, trotz seiner auch hierauf gerichteten Verkaufs-Ordre vom 1. Juni, nicht folgenden Tages, sondern erst später verkauft hätten, sowie vom September 1853 und März 1854, weil solche eigenmächtig ohne alle deßfallsige Ordre verkauft wären, der volle Nominalbetrag von fl. 60, resp. fl. 120 und nicht bloß der Contocorrent-Ansatz von fl. 54. 7 kr. und resp. fl. 86. 30 kr. gutgerechnet werde. Denn nur darauf kann dem Beklagten ein Anspruch zugestanden werden, daß ihm aus dem an sich und sonst vom Beklagten nicht angefochtenen Verhalten der Kläger kein Nachtheil erwachse, vielmehr vollaus derjenige Geldwerth zu Theil werde, welchen er bei rechtzeitig durch ihn selbst bewirkter Einziehung jener Coupons aus denselben nach den jeweilig bestehenden Geld- und Geschäfts-Verhältnissen zwischen Frankfurt und Wien zu beziehen im Stande gewesen wäre. Nun aber hat Beklagter gar nicht bestritten, daß die Coupons jener österreichischen Staats-Effecten damals nur einen unter dem Nominalbelauf bleibenden, je nach dem Tagescourse wechselnden Werth gehabt hätten, auch weder behauptet, geschweige denn nachgewiesen, daß die ohne seine ausdrückliche Ordre verkauften Coupons vom September 1853 und März 1854 an anderen als den im Contocorrent vermerkten Tagen von Klägern veräußert seien, noch auch die Richtigkeit des für solche der Berechnung zu Grunde gelegten Courses in Abrede genommen. Wenn daher auf die in voriger Instanz wegen dieser Coupons erhobene Beschwerde insofern für gegründet zu erachten war, als sie es gerügt hatte, daß der in der Exceptionsschrift allerdings auch wegen der zuletzt gedachten, und nicht bloß wegen der zu spät verkauften Coupons vom März 1853

gestellte Antrag auf Zuerkennung des vollen Nominalwerths im Stadtgerichts-Erkenntnisse ganz mit Stillschweigen übergangen worden sei, so ist doch dieß Uebersehen ohne alle nachtheilige Folgen für Beklagten geblieben, da er es für jede ihm vortheilhaftere Berechnung jener Coupons, auf welche er an sich etwa einen Anspruch hätte, an allen factischen Angaben hat fehlen lassen, und es hiernach gerechtfertigt erscheint, wenn bloß in Betreff der in Folge der Verkaufs-Ordre vom 1. Juni nicht alsbald veräußerten Coupons vom März 1853, nach Maaßgabe des für den 2. Juni, als an welchem Tage der erst am 6ten erfolgte Verkauf hätte geschehen sollen, geständigermaaßen vorhanden gewesenen bessern Coursstandes eine entsprechende Erhöhung des beklagtischen Guthabens durch Kürzung an dem libellirten Contocorrent-Saldo eingetreten, im Uebrigen der auf Ersatz der Nominal-Valuta erhobene Anspruch Beklagtens als grundlos verworfen worden ist.

Anbelangend endlich

3) die wegen der Provisions- und Zinsberechnung in erster Instanz gegen den klägerischen Contocorrent erhobenen, in voriger Instanz großentheils weiter verfolgten Monita des Beklagten, so entspricht der vorliegend nur von Halb- zu Halbjahr beliebte, wenn auch mit einem je nach Vierteljahren berechneten Provisions-Ansatze verbundene Rechnungs-Abschluß und daß dabei die Zinsen zum Capital geschlagen und wieder zinsbar gemacht sind, nicht bloß einer berechtigten Handels-Usance, sondern ist auch so wenig direct vom Beklagten angefochten worden, als die Höhe der pro Jahr allerdings bis zu $1\frac{1}{3}$ pCt. ansteigenden Extra-Vergütung, welche unter dem Namen einer Provisionsgebühr bei derartigen Geldgeschäften in der Kaufmannswelt neben den eigentlichen Zinsen üblich ist, und im Allgemeinen als eine durch rechtsgültige Handelsusance begründete Beschränkung der sonstigen Zinsverbote gelten kann, wie auch Seitens des Appellationsgerichts bereits judicando vielfach anerkannt ist. Nur in der Richtung beschwert sich Beklagter über jenen Provisions-Ansatz als über einen verdeckten, von Gerichts wegen selbst ex officio zu berücksichtigenden Zinswucher, daß Kläger für die ganze Zeit, über welche sich deren Contocorrent erstreckt, und insbesondere auch noch seit dem Jahr 1849, obwohl sie neuerer Zeit

keine Wechsel mehr für Beklagten acceptirt und dieß nicht mehr zu können und zu wollen damals ausdrücklich demselben erklärt hätten; gleichwohl mit Berechnung jener nur für Acceptation und Einlösung der beklagtischen Wechsel bedungenen wie zugesagten Provision von ⅓ pCt. pro 3 Monate fortgefahren und von derselben, welche doch selbst nur Zinsen darstelle, bei den Rechnungs-Abschlüssen durch Zurechnung zu dem Schuldbetrage Zinsen wieder bezogen hätten.

Ob nun nicht wenigstens in dieser Beziehung eine entsprechende Rectification des klägerischen Contocorrents einzutreten habe, mußte allerdings für zweifelhafter erachtet werden, als der Grund oder Ungrund der übrigen beklagtischen Ausstellungen. Denn daß Beklagter in seinem Briefe vom 23. Februar 1852 wegen der Berechnungsweise der Kläger keine Anstände erhoben hat, kann nach dem eigentlichen Zwecke dieses Schreibens in keiner Art befremden oder als Anerkennung der Rechnung gelten, jedenfalls aber, wie dieß das Ober-Appellationsgericht bereits in Sachen Flersheim ca. Schmidt und Ehefrau Debitmasse im Jahr 1854 *) ausgesprochen hat, dem Beklagten nicht präjudiciren, wenn wirklich in diesem Provisions-Ansatz ein Zinswucher zu befinden wäre. Noch weniger aber konnte dem anderweiten Argumente des Stadtgerichts-Erkenntnisses beigetreten werden, daß Beklagter eine spätere Abänderung der über diese vierteljährliche Provision getroffenen ursprünglichen Stipulation gar nicht behauptet habe. Denn es hatte die Exceptionsschrift mit der obigen Angabe, daß nur für Acceptation und Einlösung der beklagtischen Wechsel die Provision bedungen gewesen sei, das doppelte weitere Vorbringen verbunden, daß Kläger im Jahr 1849 keine Wechsel mehr für Beklagten acceptiren zu können, zugleich aber auch dieß dem Beklagten, was derselbe freilich in Abrede gestellt hat, erklärt hätten, daß sie ihr Guthaben als verzinsliches Darlehn zu successivem Abtrag je nach Beklagtens Gemächlichkeit stehen lassen wollten; und als der eigentliche Sinn dieser combinirten Angaben läßt sich unschwer der Einwand erkennen, daß die ursprünglichen Bedingungen des beiderseitigen Geschäftsverkehrs durch eine von den

---

*) Siehe Band I. Seite 120 flg.

Klägern selbst ausgegangene Umgestaltung des letzteren abgeändert wären und nicht weiter als maaßgebend gelten könnten.

Allein einerseits entbehrt doch das Vorbringen derjenigen speciellen und bestimmten Substantiirung, welche für einen deßfalls zu machenden, dem Läugnen der Kläger gegenüber unerläßlichen Beweisnachlaß behufs gehöriger Formulirung des Beweissatzes erforderlich wäre. Andererseits wäre, weil dem Beklagten nicht auf einen festbestimmten Zeitraum, vielmehr nur bis auf Weiteres und unter Freigebung einer, wie der Contocorrent zeigt, nachher wirklich und selbst in verhältnißmäßig kleinen Raten erfolgten Partial-Abzahlung das damalige Guthaben der Kläger darlehensweise creditirt worden sein soll, für Letztere immer noch die Nothwendigkeit wie das Recht gegeben gewesen, die laufende Rechnung des Beklagten in ihren Büchern fortzuführen, zu ordnungsmäßigem Abschluß, sowie zu des Beklagten Kenntniß zu bringen, und sich so in dessen Interesse, wenn auch ihre gegenseitigen Geschäftsbeziehungen sich vereinfachten und beschränkten, einer fernerweiten Bemühung zu unterziehen, für welche sie eine entsprechende Entschädigung verlangen, und so denn auch in Ermangelung deßfallsiger besonderer Abrede, durch welche etwa die bisherige Provisionsgebühr verringert oder anderweit ersetzt worden wäre, das Einverständniß Beklagtens mit Fortbezug der Letzteren um so eher voraussetzen durften, als die Kläger ihm bereits in ihrem Schreiben vom 9. Februar 1850 bestimmt genug zu erkennen gegeben hatten, daß sie nicht einmal durch den Fortbezug dieser nicht unbedeutenden Extra-Vergütung sich zu einer ihren sonstigen Interessen und Plänen nicht zusagenden Creditbewilligung oder Befristung veranlaßt finden könnten.

Bei dieser Sachlage konnte, mit wie großer Strenge auch jede Umgehung oder Verdeckung der gesetzlichen Zinsverbote zu beachten und auch im kaufmännischen Verkehr über die Grenzen der durch allgemeines Anerkenntniß der Rechtsdoctrin und Praxis im Interesse des Handels und zu dessen möglichster Freiheit festgestellten Ausnahmen hinaus zu verhindern sein mag, den auf Wegfall jener Provisions-Ansätze und entsprechende Reduction der Capital- wie Zinsbeträge des Contocorrents vom Beklagten gestellten Anträgen keine Folge gegeben, vielmehr auch in diesem Punkte der materiellen

Beurtheilung nur beigetreten werden, welche die compensando wie reconveniendo von dem Beklagten erhobenen Gegenforderungen in dem Stadtgerichts-Erkenntnisse gefunden haben.

Dahingegen war

B. in formeller Beziehung eine reine Wiederherstellung desselben insofern nicht möglich, als das Stadtgericht für den gekürzten Belauf von 2098 fl. 12 kr. sammt Zinsen zu 5 pCt. vom 1. Juli 1854 direkt den Beklagten zur Zahlung, wenn auch nur gegen Auslieferung der von ihm als Depot gegebenen Metalliques-Obligationen verurtheilt hat.

Denn das Gericht der belegenen Sache kann, wie das Ober-Appellationsgericht bereits in der Sache Gebrüder Bethmann ca. Cramer *) vom Jahr 1841 näher dargelegt und seitdem wiederholt ausgesprochen hat, auf erhobene Pfandklage, wenn es über die Person des Pfandschuldners und in Betreff der streitigen Obligations-Verhältnisse der Gerichtszuständigkeit entbehrt, außer über das Pfandrecht selbst und dessen Rechtsbeständigkeit wie Wirkungen, zwar auch als über eine Bedingung und Voraussetzung desselben seine Cognition darüber eintreten lassen, ob die durch das Pfand gedeckte und durch dessen Verkauf zu realisirende Forderung rechtsgültig fällig und bis zu einem Belaufe begründet, wie erwiesen sei, welcher den Verkauf der Pfandobjecte, soweit als solcher beabsichtigt, resp. beantragt ist, behufs Deckung des Pfandgläubigers nothwendig macht, und nicht schon bei bloß partieller Veräußerung nach dem muthmaßlich daraus zu gewärtigenden Erlöse zu gewinnen stände. Allein wie dieß nur geschieht, weil ohne Erledigung aller jener für die volle Wirksamkeit des Pfandrechts präjudiciellen Vorfragen dem Pfandgläubiger weder der Besitz des zu verkaufenden Pfandobjects zuerkannt, noch die gerichtliche Ermächtigung zu dessen Verkauf, wo es einer solchen bedarf, ertheilt werden könnte, so hat auch der personell incompetente Richter sein eigentliches decisum auf Zuerkennung des Pfandstücks, resp. der Veräußerungsbefugniß zu beschränken, und ist eine Verurtheilung zur Zahlung der durch das Pfand gedeckten Schuld auszusprechen um so weniger befugt, als die Befriedigung des Gläu-

*) Siehe Band II. Seite 88.

bigers nicht sowohl eine Verbindlichkeit des Verpfänders und Pfandeigenthümers, vielmehr nur eine facultative Befugniß bildet, durch Lösung des auf der Sache haftenden Pfandnexus, deren Verkauf zu verhindern.

Es stand daher nicht zu billigen, wenn vorliegend das Stadtgericht, trotzdem daß es sich in Bezug auf die Schuldklage für incompetent erklärte, eine auf Bezahlung des Betrages von 2098 fl. 12 kr. gerichtete Condemnatoria gegen Beklagten erlassen, und den Pfandverkauf nicht sowohl gebetenermaaßen durch Ermächtigung der Kläger alsbald angeordnet, als vielmehr nur in vim executionis für den Fall angedroht hat, wenn Beklagter nicht jener Verurtheilung zur Zahlung Folge leisten sollte. Die principaliter erbetene völlige Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urtheils konnte mithin nicht Platz greifen, sondern bloß, wie geschehen, in Anschluß an das eventuelle Petitum des jetzigen Libells den Klägern die Ermächtigung zum öffentlichen Verkaufe der ihnen verpfändeten Obligationen behufs ihrer Befriedigung aus dem Erlöse unter Vorbehalt ihrer Rechte wegen des etwa dadurch nicht gedeckten Theils ihrer Ansprüche ertheilt werden.

Zu einer Beschränkung der für die jetzige Instanz bei ergehender Reformatoria üblichen wie gerechtfertigten Kostenvergleichung war darin, daß die Herstellung des ersten Erkenntnisses bloß unter einer Modification erfolgen durfte, da solche mehr formeller Art ist, kein Grund zu erfinden, andererseits aber auch kein Hinderniß in Betreff der Kosten erster Instanz, welche das Stadtgerichts-Erkenntniß dem Beklagten, die Sent. a qua den Klägern zur Last gebracht hat, die principaliter beantragte Herstellung des Ersteren zu Gunsten der vollständig obtinirenden Kläger eintreten zu lassen, wohingegen es bezüglich der Kosten zweiter Instanz, welche, soweit nicht dem Beklagten wegen seines Transmissions-Antrages zur Last fallend, verglichen sind, es bei solcher Compensation wegen des eingetretenen Wechsels der Entscheidungen zu belassen war.

129.

Max Joseph Jörg in Haßfurt, Kläger wider **Felix Schwarz** in Mainz, Beklagten, Forderung aus Kauf betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 5. December 1855.

In Erwägung daß — — —

3) nach der von dem Beklagten anerkannten Urkunde die Waaren, deren Kaufpreis eingeklagt ist, nicht auf Probe, wie Beklagter vorschützt, sondern in Folge vorheriger Besichtigung erkauft worden sind, daß

4) aber auch nicht das Eigenthum der Waaren und ebenso wenig die Gefahr nach der klägerischen Behauptung auf den Beklagten mit Abschluß des Kaufs übergegangen ist, da eine gleichzeitige Tradition nicht Statt gefunden, vielmehr der Kauf nicht in specie, sondern in genere abgeschlossen worden war, daß

5) die verzögerte Empfangnahme der erkauften Waaren von Seiten des Beklagten denselben zur Uebernahme der Gefahr um so weniger verpflichten kann, als ausweislich der Correspondenz eine klägerische Interpellation nicht vorliegt und Kläger, obgleich er in seinem Schreiben vom 14. April 1855 bemerkt, daß, wenn die Zwetschen etwas gelitten, solches auf Rechnung und Gefahr des Beklagten gehe, dennoch zugleich seine Haftung für gute Beschaffenheit der Waaren anerkannt hat, daß

6) die Versendung der fraglichen Waaren auf Gefahr und Kosten des Beklagten geschehen und daher Kläger nur dafür, daß dieselben bei der Verladung von guter Beschaffenheit gewesen, einzustehen hat, somit demgemäß der dem Beklagten nachzulassende Beweis zu normiren ist, — — und daß

7) die eventuelle Einrede der Compensation, sowie die Widerklage zu verwerfen ist, da Beklagter die bezügliche ihm früher gemachte Waarensendung erst nach Empfang der zweiten Sendung mittelst Schreibens vom 15. Juni 1855 beanstandet und erklärt hat, jene gleich dieser zur klägerischen Disposition zu halten, wozu er nicht mehr befugt war, nachdem er die erstgedachten Waaren bereits im April in Empfang genommen, auch nicht, wie ihm obgelegen, dem Kläger von dem Ergebniß der unmittelbar hierauf vorzunehmen gewesenen Untersuchung der Waaren Kenntniß gegeben und dieselben zu dessen Verfügung gestellt hatte,

wird für Recht erkannt:

I. — — — — — — — — — — — —

II. Beklagter und Widerkläger wird mit der Widerklage ab- und zur Ruhe gewiesen.

III. — — ist Beklagter schuldig, binnen einer noch vorzuberaumenden Frist die Summe von fl. 1007. 48 kr. nebst Verzugszinsen zu 5 pCt. seit dem Tage der Insinuation der Klage (20. August 1855) zu bezahlen und die Streitkosten zu ersetzen, er könnte denn binnen anzusetzender gleicher Frist, vorbehaltlich des Gegenbeweises, rechtsgenügend darthun,

daß die im Juni 1855 ihm vom Kläger übersendeten Waaren zur Zeit deren Absendung nicht von guter Beschaffenheit gewesen seien,

worauf in der Hauptsache, sowie wegen der Kosten anderweite rechtliche Verfügung erfolgen soll.

Auf Appellation des Klägers wurde vorstehendes Erkenntniß durch Urtheil des Appellationsgerichts vom 15. Februar 1856 unter Verfällung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz bestätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 17. Juli 1857.

Auf Appellation des Klägers.

Erkannt

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appel-

lationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 15. Februar 1856 und das darin bestätigte Urtheil des Stadtgerichts vom 5. December 1855, wie hiermit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch wider den in letzterem sub III. dem Beklagten nachgelassenen Beweis dem Kläger auch noch salva reprobatione speciell der Beweis:

daß die schlechte Beschaffenheit der im Juni 1855 dem Beklagten übersandten Waaren erst seit dem 1. Mai 1855 eingetreten sei,

vorzubehalten, auch die Kosten voriger Instanz gegen einander zu vergleichen seien; und wird, unter gleichmäßiger Compensation der Kosten dieser Instanz, nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Dem auf unbedingte Condemnation des Beklagten gestellten Principal-Antrage des Klägers stand nicht zu fügen.

Zu dessen Begründung hat derselbe

A. sich darauf gestützt, daß Beklagter, nachdem er durch seinen Getreide-Speicher-Meister die Waare zu Haßfurt auf dem Lager des Klägers, wo solche Faß bei Faß gelagert, habe besichtigen lassen, die ganze dort lagernde Parthie Zwetschen von 500 Centner, nur unter Vorbehalt des Rücktritts für $^3/_5$ des Quantums binnen 2 Tagen, gekauft, die etwa mangelhafte Besichtigung sich selbst beizumessen, wenigstens die Folgen derselben seinerseits zu tragen habe; und welches auch die der- und damalige Qualität der besichtigten Waare sein möge, zu deren Abnahme und Bezahlung verbunden sei, weil darüber, daß die vom Kläger gemachten Sendungen, insbesondere die jetzt noch allein streitige vom Juni 1855 von jenem Lager entnommen und die übersendeten Zwetschen mit den damals besichtigten identisch seien, kein Streit obwalte. Nun ist zwar

1) die dem entgegenstehende beklagtische Auffassung des hier fraglichen Handels, daß er nämlich nur als nach Probe und Muster geschlossen anzusehen sei, indem jene Besichtigung nur zu dem Zwecke Statt gefunden habe, welcher sonst bei Vorlegung einer Probe

obwalte, und daß, weil bei solchem Handel der Vorbehalt sich von selbst verstehe, daß die Waare „dem Muster entspreche," und der „Probe conform" sei, und weil hier die Probe-Besichtigung, wenn auch keine besondere Qualität der Waare, doch dieselbe als überhaupt gut und brauchbar habe constatiren sollen und ergeben hätte, wenigstens diejenige Qualität und Güte, welche die Waare erst zu empfangbarem Kaufmannsgute mache, angesprochen werden könne und zu prästiren sei; diese Auffassung des Beklagten ist zwar noch nicht als definitiv und rechtskräftig festgestellt zu erachten, wenn auch Kläger gegen den Ausspruch, welchen das vom Beklagten überall nicht angefochtene Erkenntniß des Stadtgerichts sub 3 der Entscheidungsgründe dahin gethan hat, es seien die fraglichen Waaren „nicht auf Probe," sondern „in Folge" vorheriger „Besichtigung" verkauft, in voriger Instanz nicht speciell gravaminirt, vielmehr ausdrücklich nur die Entscheidungsgründe sub 4 und 5 als dem Inhalt der Acten nicht entsprechend und für ihn beschwerend bezeichnet hat.

Es muß daher

2) Kläger formell für berechtigt gelten, auf obige Behauptung ebenso zurückkommen zu können, als auf die vom Stadtgerichte sub 4 der Entscheidungsgründe verworfene, aber vom Kläger durch seine Appellation ausdrücklich salvirte Ansicht, daß hier ein Kauf in specie vorliege und Eigenthum wie Gefahr der erkauften Waare alsbald auf Beklagten übergegangen, mithin derselbe auch zu Abnahme und Zahlung unbedingt verpflichtet sei, und zwar um so mehr, weil jene mehr negative Entscheidung sub 3 der rat. sich darüber, zu welchem Zweck und mit welcher rechtlichen Wirkung jene vorgängige Besichtigung Statt gefunden habe, und damit über den zwischen beiden Theilen obwaltenden eigentlichen und Haupt-Streitpunkt gar nicht näher ausgesprochen hat. Allein

3) den Behauptungen Klägers, welchen Beklagter im Allgemeinen direkt wie implicite ein ausreichendes Läugnen entgegengestellt hat, steht weder der über den Handel vom Beklagten aufgesetzte und anerkannte, vom Kläger als Anlage 1 zur Klage beigebrachte sogenannte Schlußzettel, noch die zu den Acten gekommene Correspondenz, noch dasjenige, was sonst in faktischer Beziehung wegen unterbliebener Erklärung auf das replikarische Vorbringen Klägers für

vom Beklagten zugestanden zu erachten ist, dergestalt zur Seite, daß von jeder Beweisauflage zu abstrahiren wäre. Denn wenn auch, soviel

a) jenen Schlußzettel belangt, darauf kein Gewicht zu legen ist, wie Beklagter vermeint, daß derselbe weder vom Wohnorte des Klägers, noch vom Lagerungsorte der Waare, sondern von einem dritten Orte datirt ist, und obwohl die Fassung des wegen Rücktritts beigefügten Vorbehalts sogar einigermaaßen die klägerische Auffassung zu unterstützen scheinen könnte, so ist doch einerseits der Ausdruck „eingesehen“ zu unbestimmt und mehrdeutig, als daß dessen Gebrauch für ein Zugeständniß des Beklagten gelten könnte, die zu Haßfurt lagernden Zwetschen als bestimmte Waaren-Species geprüft und acceptirt und den Handel mit der vollen Wirkung der sonst wohl vorkommenden Klausel „wie besehen“ geschlossen zu haben. Andererseits ist von entscheidendem Gewichte, daß es in dem Schlußzettel nicht heißt, es habe Schwarz die eingesehenen im Belaufe oder bis zu einem Quantum von 500 Centner gekauft, sondern nur, daß dieses Quantum, eventuell 200 Centner, von den eingesehenen Zwetschen erkauft sei, denn danach ist Gegenstand des Handels nicht sowohl die ganze dort lagernde und hierdurch, wie durch Besichtigung specialisirte Parthie gewesen, deren Größe nur noch ungewiß und erst in totum vel tantum zu constatiren gewesen wäre, als vielmehr bloß ein bestimmtes, aus jener Parthie Zwetschen noch erst auszuscheidendes Quantum, welchen Falls die Bezugnahme auf das Statt gehabte Besehen nur einen demonstrativen, nicht einen approbatorischen Charakter gewinnt und der Handel immer noch ein Kauf ex genere bleibt.

b) In der Correspondenz ist beklagtischerseits nicht bloß nirgends von den zu Haßfurt noch lagernden Zwetschen in einer Weise die Rede, daß man davon ausgehen könnte, es habe Beklagter sie schon als die seinigen angesehen, bei deren Aufbewahrung und Versendung Kläger bloß noch betheiligt sei, sondern der Brief vom 11. April, wodurch die Zusendung der ersten Parthie verlangt wurde, zeigt sogar in seiner ganzen Fassung, insbesondere in dem Beifügen „und von guter Beschaffenheit“ bestimmt genug, daß Beklagter der vorgängigen Besichtigung der Waare auf dem Lager die ihr jetzt klägerischerseits vindicirte Bedeutung und Wirkung von Anfang an überall nicht zugestanden hat. Und selbst in den klägerischen

Briefen vom 14. April und 17. Juni wird zwar, daß die Zwetschen „eingesehen“ wären erkauft worden, nebenher erwähnt; das Hauptgewicht aber auf den in der Abnahme eingetretenen Verzug und auf die erst nachträglich und spät erfolgte Dispositionsstellung gelegt, dagegen nirgends auch nur angedeutet, daß Kläger die Waare als durch den Abschluß des Handels sofort in Beklagtens Eigenthum übergegangen erachten.

Endlich kann

c) aus dem duplicarischen Nichtbestreiten der in replicis vom Kläger gemachten factischen Angaben doch nur in der Maaßen, wie letztere erfolgt waren, ein Zugeständniß hergeleitet werden, und erscheint es hiernach nicht gerechtfertigt, wenn die Schlußschrift in reconventione dieß als zugestanden annimmt, daß auf dem Lager der beklagtische Speichermeister „die erkauften Zwetschen Faß bei Faß eingesehen habe,“ indem das replikarische Vorbringen bloß dahin gefaßt war, daß auf dem Lager, wo die Zwetschen von Jenen eingesehen worden wären, dieselben Faß bei Faß lagerten, daraus aber nur dieß, daß eine specielle Besichtigung und Approbation möglich gewesen wäre, nicht aber daß sie Statt gefunden habe, sich entnehmen und für zugestanden erklären läßt.

Nicht bloß aber, daß hiernach die klägerische Behauptung für richtig nicht anzuerkennen stand, war auch

4) nicht einmal ein deßfallsiger Beweis-Nachlaß möglich, indem einerseits die Angabe, es sei das ganze zu Haßfurt befindliche klägerische Zwetschen-Lager nach erfolgter Besichtigung erkauft worden, mit genügender Bestimmtheit erst in jetziger Instanz, also zu spät, erfolgt ist, andererseits Kläger dafür, daß die Waare sofort nach Abschluß des Handels tradirt und in des Beklagten Eigenthum übergegangen und nur behufs Aufbewahrung, jedoch zu des Käufers alleiniger Disposition auf dem klägerischen Lager geblieben sei, specielle, zu einer Beweisauflage geeignete thatsächliche Momente überall nicht vorgebracht hat, vielmehr seine deßfallsigen Behauptungen in Klage und Replik sich lediglich als Folgerungen aus dem vorgängigen Besicht und aus der Fassung des Schlußzettels darstellen.

Wenn sodann

B. die beantragte unbedingte Condemnation des Beklagten damit gerechtfertigt werden will, daß derselbe den klägerischen Brief vom

14. April und die darin enthaltene reservatorische Erklärung, daß die Waare auf Beklagtens Rechnung und Gefahr lagere, ganz unbeantwortet gelassen, auch wegen der angeblich gleichfalls ungenügenden Qualität der ersten Zwetschensendung nicht bloß keine monita bis zum jetzigen Prozesse vorgebracht, sondern sogar Zahlung alsbald geleistet habe, darin aber ein Anerkenntniß der vom Kläger angesprochenen Befreiung von aller weiteren Haftpflicht liege, so kann

1) der in jetziger Instanz gemachte Versuch, dieß Verhalten des Beklagten als ein frauduloses darzustellen, und so mittelst einer replica doli die aus der Natur des hier fraglichen Kaufgeschäfts und aus der Unempfangbarkeit der gelieferten Waare entnommenen Einwendungen des Beklagten gegen die verlangte Zahlung des Kaufpreises zu beseitigen, schon um der Verspätung willen keine Beachtung finden.

Es ist aber auch

2) jenes Stillschweigen an sich dem Beklagten nicht präjudicirlich. Zwar steht der Ansicht beider vorderen Instanzen nicht beizupflichten, daß zu Verwahrung gegen den klägerischen Brief vom 14. April keine Veranlassung gegeben gewesen wäre, weil hierin Kläger selbst anerkannt habe, daß er für gute Beschaffenheit der Zwetschen einstehe. Denn nach dem ganzen Zusammenhang dieses Briefes und in Verbindung mit dem beklagtischen Briefe vom 11. April, welcher „in guter Beschaffenheit" die zugesendet verlangte erste Parthie zu gewärtigen erklärt hatte, wird man der Aeußerung, sich auf keine Bedingung als gute Beschaffenheit einlassen zu wollen, schwerlich einen andern Sinn, als den ihr vom Kläger vindicirten beilegen dürfen, daß er auch nicht für gute Beschaffenheit, keineswegs aber, daß er bloß für solche einstehen zu müssen sich verpflichtet hatte. Allein gerade das Mißverständniß dieser Worte abseiten der früheren Urtheilsverfasser macht es möglich und sogar nicht unwahrscheinlich, daß Beklagter nur, weil er in ähnlicher Weise den Brief vom 14. April verstand, beiderseitiges Einverständniß über des Klägers Verhaftung für gute Beschaffenheit der gesendeten und weiter zu sendenden Waare voraussetzend, und darin vielleicht noch bestärkt durch die jenem Briefe beigefügte Versicherung, es seien die Zwetschen, wenn auch theilweise feucht, doch im Uebrigen „ganz gut," jede weitere Erklärung für überflüssig, und die überdieß

nur unter „Vorbehalt des Richtigbefunds" geleistete Zahlung für unbedenklich hielt. Einen sicheren Rückschluß bietet jedenfalls des Beklagten Verhalten dafür nicht, daß derselbe seine Verpflichtung zur Abnahme und Bezahlung der Waare als eine ganz unbedingte anerkannt und auf ein nach der Natur des Handels ihm zuständiges Recht verzichtet habe.

Endlich hat noch Kläger

C. für seinen Antrag alsbaldiger Condemnation des Beklagten und Streichung des demselben vom Stadtgerichte nachgelassenen Beweises geltend gemacht, daß derselbe sich in mora accipiendi befunden habe.

In dieser Hinsicht kann nun zwar

1) der den vorderen Erkenntnissen zu Grunde liegenden und von dem Beklagten in jetziger Vernehmlassung entschieden vertretenen Annahme, daß eine solche mora gar nicht vorliege, nicht beigetreten werden. Denn in der am Schlusse des Briefes vom 14. April enthaltenen Bitte, daß Beklagter wegen der noch restirenden 100 Centner Zwetschen Verfügung treffen wolle, liegt eine genügende Aufforderung zum Bezug der Waare, und daß dieser Brief, weil nicht in originali producirt, formell nicht für anerkannt gelten kann, kommt um so weniger in Betracht, als Beklagter durch seine eigenen Deductionen aus diesem Briefe dessen Empfang wie Richtigkeit materiell zugegeben hat, überdieß auch die bestimmte Angabe der Klage, es sei derselbe durch einen Brief vom 14. April aufgefordert worden, über die restirenden 100 Centner zu verfügen, excipiendo unerwiedert geblieben, mithin als zugestanden auf Grund von Art. 34 der provisorischen Prozeß-Ordnung zu erachten ist und hiernach das in duplicis wie in jetziger Instanz erfolgte Abläugnen jeder Interpellation keine Beachtung weiter finden kann. Wenn aber in jetziger Instanz theils Beklagter in Anschluß an die Sent. a qua eingewendet hat, daß die im Schlußzettel enthaltene Clausel „im Monat März frei Eisenbahn oder frei Schiff zu Haßfurt geliefert" nur eine Liefer-, keineswegs auch eine Empfangszeit festgestellt, und für deren Innehaltung zwar eine Pflicht des Klägers als Verkäufers, aber kein Recht begründet habe, theils auch dieß vom Beklagten, wie schon in duplicis eingewendet worden ist, daß mit der Aufforderung zur Abnahme kein Anerbieten einer bestimmten species (resp.

Waare) verbunden gewesen sei, so kann auch diesen Einwendungen kein Gewicht beigelegt werden. Denn um in moram accipiendi zu versetzen, ist eine oblatio realis nicht absolut nothwendig, vielmehr je den Umständen nach eine bloße verbalis oblatio für genügend zu achten,

vergl. Madai, Lehre von der mora, Seite 230 flg.
Puchta, Vorlesungen, Th. II. Seite 98.
Seuffert, Pand., § 248. Note 2.

und hier war, ganz abgesehen davon, daß die abzunehmende Waare unbestritten auf dem Lager des Klägers bereit lag, deren Lieferung sonach gar keine Schwierigkeit für denselben hatte,

vergl. L. 3. § 4. D. emt. vend. (19, 1),

mehr als bloße Aufforderung um so gewisser nicht erforderlich, als dem Beklagten nach dem Contract die Bestimmung der Transportweise zustand und darüber noch eine Erklärung desselben gewärtigt werden mußte, ehe das zur wirklichen Lieferung Erforderliche klägerischerseits geschehen konnte. Und ebenso wenig bietet die Sachlage für die Annahme, daß die Stipulation wegen der Lieferungszeit nur in des Beklagten, durch das Bereitliegen der Waare ohnehin ausreichend gesichertem Interesse getroffen sei, irgend welchen Anhalt dar, vielmehr war unverkennbar der Hauptzweck der Clausel nur der, alle Nebenunkosten, außer den eigentlichen Transportkosten, in den Kaufpreis mitzubegreifen, und ihre Fassung, insofern sie auf Lieferung „im Monat März," nicht „vom Monat März ab" lautet, spricht, wenn nicht in höherem, doch jedenfalls in gleichem Grade dafür, daß die rechtzeitige Erfüllung des Handels auch dem Kläger, als Verkäufer, dadurch gesichert werden sollte, für welchen jeder Verzug der Abnahme wegen der bis dahin von ihm zu tragenden Kosten und Gefahren der Lagerung und bei erst dann zu gewärtigender Zahlung mit Nachtheilen verbunden war.

So begründet und erwiesen wie hiernach der dem Beklagten gemachte Vorwurf einer mora accipiendi ist, kann nun aber doch zunächst

2) als der Zeitpunkt, mit welchem dieselbe eingetreten sei, weder der 1. noch der 14. April, wie Kläger vermeint, anerkannt werden, indem damals eine Interpellation überall noch nicht erfolgt war, und hinsichtlich des in mehrgedachtem Brief ausgesprochenen

Dispositionsverlangens dem Beklagten sogar nach Empfang jenes Briefes immer noch zu seiner Entschließung, wie insbesondere für Beschaffung der seiner Wahl noch anheimgestellten und nachher wirklich gewählten Schiffstransports-Gelegenheit ein billiger Zeitraum freizulassen war, und jetzt noch zu gute gerechnet werden darf und muß, dessen Größe alsbald ex aequo et bono gerichtsseitig zu bemessen und auf etwa 14 Tage festzustellen, sonach Beklagter als vom 1. Mai ab in mora accipiendi befindlich zu behandeln, im Hinblick auf die mit einem deßfalls etwa zu eröffnenden Zwischen- und Nebenbeweise für beide Partheien verbundenen Weiterungen und Kosten ebenso unbedenklich, als deren eigenem Interesse und der Sachlage entsprechend erschien. Sodann aber und vor Allem kann

3) die mora accipiendi, mag sie immerhin das periculum interitus wie deteriorationis auf den creditor übertragen,

vergl. L. 2. C. de peric. et comm. (4, 40),

und des debitor Haftungspflicht in der Weise beschränken, daß er von da ab nur noch für dolus und culpa lata einzustehen, dagegen diligentiam so wenig als custodiam zu prästiren verbunden ist, immer nur in solcher und ähnlicher Weise durch Verringerung der Rechtsansprüche und Erweiterung der Verbindlichkeiten die Folgen und Wirkungen des in Frage stehenden Obligations-Verhältnisses modificiren, nicht aber dessen rechtliche Natur und wesentliche Voraussetzungen dahin alteriren, daß die Obligation des offerirenden Debitors völlig erlösche oder rechtlich eine ganz andere werde, und von den dem Contract-Abschluß ausdrücklich beigefügten oder immanenten Bedingungen und Voraussetzungen überall gar nicht mehr abhängig wäre. Für die erst seit dem Eintritte dieser mora accipiendi Statt gehabten Verschlechterungen in der Qualität der Zwetschen kann daher Kläger auch dann nicht mehr verhaftet sein, wenn dieselben aufgehört hätten, empfangbares Kaufmannsgut zu sein. Daß aber, selbst wenn erweislich, schon vorher oder von Anfang an die Waare von so schlechter Beschaffenheit gewesen wäre, daß das nach der Natur des hier vorliegenden Kaufgeschäftes dem Beklagten zuständige Recht, nur gegen Lieferung guter und brauchbarer Waare zur Abnahme und Zahlung verpflichtet zu sein, um des auf seiner Seite eingetretenen Verzugswillens als ohne Weiteres und völlig mit dessen Eintritt erloschen zu gelten habe, und daß Beklagter daher, bei

allerdings nach dem Obigen vorhandener Liquidität der ihm vorgeworfenen mora unbedingt und ohne Vorbehalt irgend welchen Beweises über gute oder schlechte Beschaffenheit der fraglichen Zwetschen zu condemniren sei, stellt sich als ein der rechtlichen Begründung durchaus entbehrendes Verlangen des Klägers dar. In solcher Richtung und Beschränkung ist daher dem in der Sent. a qua eventuell und hypothetisch erfolgten Ausspruche, daß durch eine mora des Beklagten „die Verpflichtung des Klägers, für gute Waare einzustehen, nicht aufgehoben" wäre, unbedenklich beizutreten, und konnte sonach, trotz klar vorliegender mora des Beklagten, dem auf dessen unbedingte Verurtheilung gestellten Principal-Gravamen keine Folge gegeben werden, sondern nur in Frage kommen

II. ob und in welchem Maaße etwa die über Beschaffenheit der im Juni 1855 nach Frankfurt gesendeten Zwetschen in den vorderen Instanzen erkannte Beweisführung eine Modification in Gemäßheit oder doch Veranlassung derjenigen Eventual-Anträge zu erfahren habe, welche Kläger theils bei Ausführung seiner Principal-Beschwerde, theils in dem aufgestellten Gravamen selbst dahin gemacht hat, daß in dem stadtgerichtlichen Beweisthema den Worten „zur Zeit deren Absendung" die Worte „schon vor dem 1. (resp. 14.) April" substituirt würden; oder doch allermindestens gegen den vom Stadtgericht erkannten Beweis Klägern der Beweis seiner Replik, daß die fragliche Waare nur zufolge des verzögerten Bezugs derselben Seitens des Beklagten gelitten haben könne, nachgelassen bliebe.

1) Die formelle Zulässigkeit dieser Eventual-Beschwerden und Anträge war, obwohl vom Beklagten bestritten und nicht völlig zweifellos, aus dem doppelten Grund anzuerkennen, weil einerseits die Nichtberücksichtigung des gedachten, der vom Kläger gegen Beklagten erhobenen replica morae durchaus connexen, Vorbringens in dem erstinstanzlichen Urtheil als stillschweigende Verwerfung einer selbstständigen Replik nicht gelten kann, da das Stadtgericht davon ausgehend, daß wegen mangelnder Interpellation eine mora überall nicht vorliege, durchaus keine Veranlassung hatte, auf die Frage einzugehen, welchen Einfluß eine solche und eine erst seitdem eingetretene Verschlechterung der Waare auf des Klägers Rechte und Verbindlichkeiten haben könnte, und weil andererseits Kläger bei seiner Appellation voriger Instanz zwar seinen Antrag nur auf

unbedingte Verurtheilung Beklagtens gestellt, seine Beschwerde aber bei der Interposition so generell, daß die stadtgerichtliche Beweisauflage, als eine Beschreitung der Rechtskraft mit abgeschnitten gelten muß, formulirt hat, auch die mündliche Ausführung seiner Beschwerde nach Inhalt der Entscheidungsgründe darauf mitgerichtet gewesen sein muß, daß die mora des Beklagten nicht die gebührende Berücksichtigung gefunden habe, und ihm, nachdem solches in der Sent. a qua seines Erachtens gleichfalls nicht geschehen ist, die weitere Verfolgung und Specialisirung dieser Beschwerde nicht füglich, und zwar um so weniger versagt werden kann, als die Nichterwähnung des hier fraglichen replikarischen Vorbringens in den Entscheidungsgründen, da das Appellationsgericht mit dem Stadtgerichte davon ausging, daß mora überhaupt nicht vorliege, und solche zugleich als ganz unerheblich behandelte, keineswegs zu der Annahme berechtigt, es seien die hier in Frage stehenden Eventual-Beschwerden allererst in jetziger Instanz in den Kreis der Verhandlungen gezogen.

2) Materiell aber konnte denselben nicht in dem beantragten Maaße, sondern nur so, wie geschehen, Folge gegeben werden, indem nach den Ausführungen sub I. C. 2 nicht einmal der 14., geschweige denn schon der 1. April als der Tag, wo die mora des Beklagten eingetreten ist, gelten kann, und natürlich demjenigen, welcher zu seinen Gunsten auf die mora des Gegners sich beruft, nicht bloß über deren Eintritt die Erbringung des erforderlichen Beweises obliegt, sondern auch über alle diejenigen thatsächlichen Momente, von, resp. an denen sich deren Folgen und Wirkungen abhängen und resp. kundgeben, vorliegend auch dem Beklagten, sollte der ihm vom Stadtgericht auferlegte Beweis in dem beantragten Maaße geändert werden, damit angesonnen würde, außer der an sich doch allein schon seine Annahme und Zahlungsweigerung begründenden Mangelhaftigkeit der Waare, auch noch dieß darzuthun, daß ihn, obwohl im Verzuge, kein deßfallsiges Verschulden treffe.

Bei der materiellen Erheblichkeit des dem Kläger annoch nachgelassenen speciellen Gegenbeweises für den endlichen Ausgang des Rechtsstreites mußte, obwohl die Hauptbeschwerde des Appellanten keine Berücksichtigung finden konnte, die durchgängige Compensation der Kosten voriger und jetziger Instanz angemessen erscheinen.

130.

Gebrüder **Heim** zu Offenbach, Kläger und Widerbeklagte gegen **Carl Borgnis & Consorten**, als provisorisches Comité der Actiengesellschaft für Fabrikation comprimirter Gemüse, Beklagte und Widerkläger, Bezahlung, jetzt Rücknahme bestellter Maschinen und Schadensansprüche betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 30. August 1854.

I. — — — — — — — — — — — —

II. Die Klage ist darauf gegründet, daß die Beklagten in den zwischen den Klägern und Carl Mathias abgeschlossenen Vertrag an Stelle des Letzteren eingetreten und den Klägern für die nach diesem Vertrage gelieferten Maschinen, laut Rechnung in [7], bei Ablieferung der Maschinen zwei Drittheile des Betrags, abzüglich erhaltener fl. 1000, nämlich fl. 1046. 15 kr. und 6 Monate später ein Drittheil, nämlich fl. 1023. 7 Kr., sowie laut Rechnung in [8] fl. 840. 16 kr. schuldig geworden seien, die Zahlung aber weigerten.

III. Die Beklagten haben den Abschluß des Vertrags in [16] ausdrücklich zugestanden und die Richtigkeit der Ansätze der beiden Rechnungen stillschweigend anerkannt.

IV. Der Einwand, daß die Forderung von fl. 1023. 7 kr. noch nicht fällig, daher Kläger hiermit jedenfalls abzuweisen seien, beseitigt sich dadurch, daß auch dieser Posten der Zeit nach inzwischen fällig geworden ist.

Sammlung der Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts, bei Sauerländer, I. S. 54 ff.

V. Die Beklagten erachten sich zur Zahlung der eingeklagten Beträge wegen nicht ordnungsmäßiger Lieferung der zu den bestellten Maschinen gehörigen hydraulischen Presse und des ihnen dadurch

entstandenen Schadens nicht verbunden, und behaupten zur Begründung der deßfallsigen Einreden:

1) Die gedachte Presse nebst Preßhülse, im Gesammtbetrag von fl. 1870, sei vertragsmäßig Ende Juni zu liefern gewesen, aber erst am 16. August v. J. geliefert worden.

2) Die Presse sei nicht accordmäßig und nicht in meisterhafter Güte gearbeitet und dieserhalb unbrauchbar.

3) Die Kläger hätten sie (die Beklagten) bis zum 25. September vorigen Jahrs, an welchem Tage erst sich die vollständige Unbrauchbarkeit der Presse erwiesen habe, über die Güte derselben getäuscht.

Hierauf stützen nun die Beklagten ihren Antrag auf Rücknahme der von ihnen den Klägern bereits zur Disposition gestellten Presse, sowie eine Widerklage wegen des ihnen erwachsenen und erwachsenden Schadens, dessen Liquidation theils erfolgt, theils vorbehalten ist, und statt dessen eventuell eine Entschädigung von täglich fl. 10 nach Maaßgabe des abgeschlossenen Vertrages für die Zeit vom 1. Juli 1853 bis 1. Februar 1854 beansprucht wird.

Soviel nun

A. die angeblich verspätete Lieferung betrifft, so kann

1) die Kläger eine Entschädigungspflicht aus dem Grunde, weil die Presse den Beklagten nicht Ende Juni vorigen Jahrs geliefert wurde, nicht treffen, denn wenn auch die Kläger nach ihrer Zusage in [16] sich verpflichtet hatten, sämmtliche Maschinen Ende Juni zu liefern, so war doch dabei ausdrücklich bedungen, der Abzug für verspätete Lieferung könne „für den Fall nicht Anwendung finden, wenn sich bei der Probe der Presse ein Theil unbrauchbar zeigt, was man während der Bearbeitung nicht wahrnehmen kann," und muß diese Verabredung dahin verstanden werden, daß in diesem Ausnahmefalle nicht nur die verabredete Conventionalstrafe wegen verspäteter Lieferung, sondern jede Ersatzverbindlichkeit der Kläger hinwegfallen sollte. Es haben nun aber die Beklagten, denen durch Schreiben der Kläger vom 29. Juni v. J. die Vollendung der Maschinen angezeigt worden ist, selbst zugegeben, daß der Cylinder der Presse eine undichte poröse Stelle habe, und vermochten in ihrer Vernehmlassung nicht zu behaupten, daß dieses von den Klägern

schon während der Bearbeitung habe wahrgenommen werden können oder durch sie verschuldet sei, sind vielmehr der klägerischen Behauptung, daß der Fehler nicht habe wahrgenommen werden können und daher der vorgesehene Ausnahmefall vorliege, für geständig zu erachten. Ebenso wenig kann

2) den Klägern hinsichtlich der auf die Herstellung des Cylinders verwendeten Zeit ein Vorwurf gemacht werden, indem eine Frist, innerhalb welcher diese Herstellung zu bewirken war, nicht festgesetzt worden ist, auch die Beklagten sich nirgends über eine Verzögerung dieser Herstellung beschwert haben. Endlich kann

3) in den in dem Schreiben der Kläger vom 9. August v. J. für die von den Beklagten gewünschte Prüfung gestellten Bedingungen eine Absicht der Kläger, die Ablieferung der Presse zu verzögern, nicht gefunden werden, da die Kläger nach dem Vertrage befugt waren, die Probe auf die Leistungsfähigkeit der Presse zu beschränken und auch die übrigen Bedingungen durchaus nichts enthalten, wodurch den Beklagten etwas Ungehöriges zugemuthet worden wäre.

B. Anlangend den Einwand der Beklagten, daß die Presse nicht accordmäßig und nicht in meisterhafter Güte gefertigt sei, so ist dieser Einwand dadurch nicht für beseitigt zu erachten, daß

1) mehrfache Proben der Presse Statt gefunden haben, da diese darüber, ob die Presse accordmäßig gefertigt sei, um deßwillen nicht entscheiden können, weil die Kläger sich verbindlich gemacht hatten, eine hydraulische Presse von 200,000 Kilogramm Druckkraft zu liefern, bei keiner der von ihnen angeführten Proben aber diese Leistungsfähigkeit der Presse constatirt haben und nicht einmal mit Bestimmtheit zu behaupten vermögen, daß diese Leistungsfähigkeit erprobt sei, sich vielmehr noch in ihrer Replik dahin erklären: „Es wird sich jeder Zeit bei genauer Berechnung ergeben, daß die Presse wirklich 400,000 Pfund Druckkraft ausübt," da ferner die Kläger sich bezüglich anderer Fehler auf diese Proben nach Inhalt des Vertrages gar nicht berufen können, weil hiernach die Probe nur die höchste Leistungsfähigkeit constatiren sollte und die Kläger ausdrücklich für die Güte und Solidität ihrer Arbeiten auf die Dauer von 6 Monaten garantirt haben; ebenso wenig dadurch, daß

2) von Seiten der Beklagten die Annahme der Presse und die vor solcher bereits anerbotene Abschlagszahlung erfolgt ist, da in der Annahme ohne Prüfung und nähere Untersuchung nur ein Verzicht auf diese, aber keineswegs auch ein Verzicht auf die von den Klägern übernommene Garantie gefunden werden kann, was um so mehr gelten muß, da die Kläger ihre Zusicherung, daß die Presse eine Druckkraft von 400,000 Pfund habe, in ihrem Schreiben, vom 9. August v. J. erneuert und in demselben Schreiben wie durch Schreiben ihres Anwaltes vom 6. September v. J. die Güte der Presse noch besonders zugesichert haben.

Dagegen liegt

3) bezüglich eines von den Beklagten gerügten Mangels, nämlich des Gußfehlers des Cylinders und der zur Beseitigung der Undichtigkeit des Cylinders getroffenen Vorkehrung, soweit die Ausführung dieser Vorkehrung — das Anbringen einer zweiten Liederung — selbst als ein Fehler bezeichnet wird, ein wirklicher Verzicht der Beklagten auf die Geltendmachung dieses Fehlers vor. Es steht nämlich durch die Briefe und Geständnisse der Beklagten fest, daß Mathias für sie der ersten Probe beigewohnt hat und zu berichten beauftragt war, den Mitbeklagten Warnecke seiner Zeit von dem Resultate dieser Probe in Kenntniß gesetzt, und unterm 5. August v. J. den Beklagten über die von den Klägern vorgenommene Herstellung Bericht und Gutachten erstattet hat.

Es hatten demnach die Beklagten, als sie am 13. August v. J. die Ablieferung der Presse verlangten, vollständige Kenntniß von der Undichtigkeit des Cylinders und der durch die zweite Liederung getroffenen Vorkehrung, und können die Anbringung einer zweiten Liederung und den angeblichen Gußfehler, sofern nur die Druckkraft der Presse nicht beeinträchtigt ist, als einen Mangel an der Presse nicht mehr geltend machen, womit die Beklagten überdieß auch nach ihrer Erklärung einverstanden erachtet werden müssen.

Die Unbrauchbarkeit der Presse soll nun auch nach den Behauptungen der Beklagten darin bestehen, daß

a) die Presse die zugesagte Druckkraft von 200,000 Kilogramm nicht, sondern nur eine Druckkraft von 189,000 Pfund habe,

b) der Cylinder mangelhaft sei, insbesondere rinne,

c) die angebrachte Liederung keine Dauer verspreche und an einer neuen Presse nicht vorkommen dürfe,

d) der Kolben in dem Cylinder und der Preßhülse beim Arbeiten stecken bleibe und statt 3½ Fuß nur 1 Fuß steige und falle und die Presse dadurch nur ein Drittheil dessen, was sie leisten sollte, zu leisten vermöge,

e) die Abstellschraube beim Arbeiten ihren Dienst versage,

f) die kleinere Pumpe in der Regel ihren Dienst versage,

g) die hierzu gehörige zweite Springventile häufig ihren Dienst versage,

und sich bei den angestellten Versuchen, besonders denen vom 12. und 25. September v. J., von denen letzterer in Gegenwart des Werkmeisters der Kläger Statt gefunden, auf das Vollständigste ergeben haben. Dagegen läugnen die Kläger, daß die Presse die behauptete Druckkraft nicht habe, läugnen ebenso das Vorhandensein der aufgeführten einzelnen Fehler und Mängel und behaupten, daß, wenn solche vorhanden seien, deren Entstehung in der Verwahrlosung und schlechten Behandlung der Presse ihren Grund habe, und berufen sich ihrerseits auf die angestellten Proben und Versuche, insbesondere die von Mathias am 12. August v. J. vorgenommene Probe, wobei ein Satz Gemüse gepreßt worden sei, einen Versuch vom 17. August v. J., wobei der Mitbeklagte Warnecke vier Sätze Gemüse gepreßt und seine höchste Zufriedenheit und Anerkennung ausgesprochen habe, den Versuch vom 25. September v. J., wobei wiederum mehrere Sätze Gemüse gepreßt worden seien, sowie darauf, daß die Beklagten vom 17. August v. J. an die Presse in Gebrauch genommen, alsbald nach Empfang drei bis vier Tage hindurch gearbeitet und in diesen wenigen Tagen ihren ganzen Vorrath Gemüse gepreßt, seitdem aber heimlich mit der Presse gearbeitet hätten, endlich darauf, daß die ganze Presse und Preßhülse, sowie alle anderen Maschinen und Maschinentheile nach den Angaben des Mathias, welcher der sachkundige Rathgeber und Bevollmächtigte der Beklagten gewesen, gefertigt worden seien, daher sie (die Kläger) nach dem geschlossenen Vertrage für etwaige Constructionsfehler nicht verantwortlich sein würden. Allein diesem letzteren Einwande fehlt es, abgesehen von der ohnehin nicht weiter in Betracht kommenden

Herstellung des undichten Cylinders, an der erforderlichen Begründung, da aus dem Vertrage nicht ersichtlich ist, daß den Klägern von Seiten des Mathias irgend Angaben und Vorschriften über die Ausführung des ihnen ertheilten Auftrages gegeben worden sind, der Auftrag selbst aber nur die Angaben der Dimensionen und Druckkraft der Presse enthält, Kläger daher hätten anführen müssen, welche Angaben und Vorschriften des Mathias möglicherweise Ursache der behaupteten Fehler sein könnten. Es bedarf daher keines Eingehens auf die Frage, ob überhaupt Mathias als der sachverständige Rathgeber und Vertreter der Beklagten bezüglich der Bestellung der Presse zu betrachten ist oder nicht. Soviel aber die Statt gehabten Proben und Versuche betrifft, so kann durch solche allein das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einzelner Fehler ebenso wenig wie die Güte oder Unbrauchbarkeit der ganzen Presse dargethan werden, was sich theils aus den Gründen unter B. 1, theils daraus ergibt, daß für das Resultat solcher Proben die richtige oder unrichtige Behandlung der Maschine entscheidend sein wird, ein Beweisverfahren hierüber aber voraussichtlich ohne Resultat sein würde.

Hiernach erscheinen die Einwendungen der Beklagten, daß die Presse nicht accordmäßig und nicht in meisterhafter Güte gearbeitet sei, keineswegs, wie die Kläger vermeinen, sofort verwerflich, und sind auch, da die Beklagten die einzelnen Fehler namhaft gemacht und speciell in ihren Wirkungen hervorgehoben haben, genügend substantiirt.

Bei der rechtlichen Beurtheilung dieser Einwendungen kommt, abgesehen von den unten zu prüfenden Vertragsbestimmungen, in Betracht:

a) Die Druckkraft von 400,000 Pfund ist von den Klägern sowohl in dem Lieferungsvertrag ausdrücklich versprochen, als auch nach Vollendung der Presse als vorhanden zugesagt, und muß als das wesentlichste Erforderniß der Presse gelten. Es würde daher der Mangel dieser Druckkraft einer Nichtlieferung der Presse gleichstehen und die Beklagten nach dem Rechte des dictum et promissum sowohl zur Redhibition der Presse, als auch zur Klage auf das Interesse berechtigen,

Savigny, System, III. Seite 289. Note w.
Puchta, Pand., § 363.
Vangerow, Leitfaden, III. Seite 303.
Heise & Cropp, Abhandl., I. Seite 217.

wobei es auch unzweifelhaft erscheint, daß die Beklagten die Presse allein zur Disposition stellen dürfen,

l. 36. 38. § 12. 14. de aed. ed. 21. 1.

und die Kläger sich auch nicht darauf berufen können, daß die Preisansätze nur für die Annahme der ganzen Lieferung bestimmt sei, indem sich vielmehr aus dem Vertrag [16] ergibt, daß der Preis für die einzelnen Maschinentheile besonders veraccordirt ist.

b) Die sonst von den Beklagten gerügten Fehler und Mängel können zwar einen Anspruch derselben auf Schadenersatz wegen des ihnen entgangenen Gewinnes nicht begründen,

l. 29. § 3. l. 31. D. de aedit. ed. 21. 1.

berechtigen aber die Beklagten zur Redhibition der Presse, sofern diese Fehler und Mängel solche sind, welche die Brauchbarkeit der Maschine aufheben, und bei Ablieferung derselben vorhanden und nicht wahrzunehmen waren.

Seuffert, prakt. Pandectenrecht, § 265. § 266. n. 17.
Archiv VII. Nr. 160.

c) Die Beweislast trifft nach bekannten Grundsätzen bezüglich der zugesagten Druckkraft die Kläger, bezüglich der sonstigen Fehler die Beklagten,

Entscheidungsgründe des Ober-Appellationsgerichts in Sachen
Discher ca. Hauser de 1851,

jedoch ist der letztere Beweis auf das Vorhandensein der Fehler zu beschränken, denn nur so weit trifft den Käufer und Empfänger die Beweislast,

Herwarth, im Archiv f. civ. Praxis VII. S. 358 — 360.

und die Kläger, welche selbst die Beweislast erörtern, haben nur bei dem nicht weiter in Betracht kommenden Fehler, welcher in dem Anbringen der zweiten Liederung bestehen soll, behauptet, „daß die Beklagten von dieser Correctur Kenntniß gehabt hätten," haben aber bezüglich der übrigen Fehler nirgends bestritten, daß dieselben den Beklagten bei Uebernahme der Maschine unbekannt gewesen seien.

Gegenüber den Einwendungen der Beklagten gegen die gelieferte Presse erscheint aber die Behauptung der Kläger, daß die sämmtlichen von den Beklagten gerügten Fehler und Mängel, wenn wirklich vorhanden, Folge der Verwahrlosung und schlechten Behandlung der Presse seien, erheblich, da der Beweis dieser Behauptung die Kläger von einer Verbindlichkeit zur Gewährleistung befreien müßte, weil alsdann theils die Presse sich nicht mehr in dem zur Redhibition erforderlichen ursprünglichen Zustande befinden, theils den Beklagten, soweit sie einen Schadenersatz fordern, ihr eigenes Verschulden entgegenstehen würde. Es ist daher den Klägern neben dem ihnen obliegenden Beweise, daß die Presse die zugesagte Druckkraft innerhalb der Garantiezeit gehabt habe, auch der Beweis nachzulassen, daß dieselbe diese Druckkraft durch Verwahrlosung und schlechte Behandlung verloren habe, sowie als Gegenbeweis gegen den Beweis der behaupteten Mängel der Presse der Beweis, daß solche durch Verwahrlosung und schlechte Behandlung entstanden seien, vorzubehalten.

Ist nun nach vorstehenden Ausführungen dermalen auf Beweis zu erkennen, so müssen zwar sämmtliche von den Beklagten gerügte Mängel denselben zum Beweis verstellt werden und den Beklagten wie auch den Klägern gestattet bleiben, bei ihrer Beweisführung sich der Resultate der verschiedenen oben angeführten Versuche mitzubedienen, dagegen muß die Beurtheilung des etwaigen Ergebnisses der Beweisführung, insbesondere die Entscheidung darüber, ob nicht schon der Beweis des einen oder andern Mangels, wie dieß bei dem etwaigen Nichtvorhandensein der Druckkraft unzweifelhaft der Fall sein würde, hinreichend sei, um die Befugniß der Beklagten zur Redhibition zu begründen, lediglich dem künftigen Erkenntnisse vorbehalten bleiben.

C. Zur weiteren Begründung ihrer Entschädigungsforderung bringen die Beklagten vor, Kläger hätten mit ihrem Schreiben vom 29. Juni v. J. angezeigt, daß die Maschinen fertig seien, ohne eines Fehlers zu erwähnen, sodann in ihrem Schreiben vom 9. August v. J. und dem Schreiben ihres Anwaltes vom 6. September v. J. die Güte und Brauchbarkeit der Presse zugesichert, und gründen hierauf die Behauptung, von den Klägern über die Güte und Brauchbarkeit

der Presse dolose getäuscht worden zu sein. Allein ein wirklicher dolus, der zur Begründung eines Entschädigungsanspruches dienen könnte, ist hierin nicht zu finden, denn die Beklagten vermögen nicht zu behaupten, daß den Klägern schon vor dem 29. Juni v. J. irgend ein Mangel der Presse und vor dem 6. September v. J. ein weiterer Mangel als der ihnen selbst durch das Mathias'sche Schreiben vom 5. August v. J. angezeigte Fehler des Cylinders bekannt gewesen sei, und die bloße Annahme der Beklagten: „Nur die Kläger konnten ihre (der Presse) geheimen Fehler gekannt haben," kann als Substantiirung eines dolus — — nicht genügen, daher dieser ganze Klaggrund gleich dem oben unter A. erörterten Klaggrunde zu verwerfen ist.

VI. Gegenüber den von den Beklagten erhobenen Ansprüchen haben sich die Kläger auf die mit den Beklagten vereinbarten Bestimmungen des Vertrages, deren Prüfung unter V. B. vorbehalten wurde, berufen und vermeinen, daß in den Worten des Vertrages:

> „Außerdem garantiren wir für die Güte und Solidität unserer Arbeiten sechs Monate dergestalt, daß wir Alles unentgeltlich ersetzen, was bei ordnungsmäßigem Gebrauche zerbrochen oder mangelhaft werden sollte."

ihre Garantieverbindlichkeit in doppelter Richtung habe beschränkt werden sollen, einmal dahin, daß sie nur einzustehen hätten, wenn Etwas an der Presse durch ordnungsmäßigen Gebrauch zerbrochen oder mangelhaft werden sollte, nicht auch für andere Mängel, z. B. Constructionsfehler, sodann dahin, daß vorhandene oder entstehende Mängel für die Beklagten nicht ein Recht zur Redhibition oder einen Anspruch auf Schadenersatz, sondern nur die Befugniß begründen soll, die unentgeltliche Herstellung der Presse zu verlangen. Allein dieser Auslegung der angeführten Bestimmung kann nicht beigepflichtet werden, indem solche zu dem ungereimten Resultate führen würde, daß die Kläger zwar Alles, was an der Presse durch ordnungsmäßigen Gebrauch mangelhaft würde, neu herzustellen, dagegen für die Möglichkeit eines ordnungsmäßigen Gebrauches selbst nicht einzustehen hätten. Es muß vielmehr dieser Bestimmung der Sinn beigelegt werden, daß die Beklagten sich, neben der allgemeinen Verbindlichkeit der Kläger zur Gewährleistung, auch haben sicherstellen

wollen, für die Dauerhaftigkeit der Maschinen und für solche Mängel und Fehler, die sich erst durch längern Gebrauch ergeben würden und bezüglich derer der Nachweis, daß sie von Anfang an vorhanden gewesen, nicht würde erbracht werden können, dagegen in den Worten „bei ordnungsmäßigem Gebrauche“ lediglich eine Reservation der Kläger gegen etwaigen Mißbrauch ihrer Garantie gefunden werden kann. Diese Auslegung findet überdieß Unterstützung in den allgemeinen Interpretationsregeln.

l. 39. D. de pact. 2. 14.

Seuffert, prakt. Pand. R. § 90. N., 8. 9.

VII. Anlangend den von den Beklagten neben der Redhibition in Anspruch genommenen und für den Fall, daß die Kläger die Erfüllung ihrer Zusage bezüglich der Druckkraft der Presse zu beweisen nicht vermögen, begründet erachteten Schadenersatz, so haben die Beklagten in ihrer Widerklage solchen wegen des ihnen entgangenen Gewinnes schon jetzt auf fl. 8400 berechnet, im Uebrigen aber zur Liquidation vorbehalten. Allein die Berechnung der Beklagten ist auf die Annahme gegründet, daß sie mit der gelieferten Presse bis zum 1. Februar l. J. einen Gewinn von fl. 10,000 würden haben erzielen können, wegen Mangelhaftigkeit der Presse aber einen höhern Gewinn als fl. 1600 nicht würden erreichen können, ohne daß irgend nachgewiesen wäre und bei Aufstellung dieser Liquidation, am 22. November 1853, nachgewiesen werden konnte, daß der Gewinn von fl. 10,000 auch wirklich zu erzielen war. Es erscheint daher die jetzige Liquidation der Beklagten ungenügend substantiirt.

Wening-Ingenheim, III. Buch, § 16. (II. S. 29.)

Vangerow, Leitfaden, § 571. Anm. 3. 1. (III. S. 43.)

Ebenso wenig ist der eventuelle Antrag derselben, womit sie nach Maaßgabe des Vertrages für jeden Tag Verzug fl. 10 vom 1. Juli 1853 bis 1. Februar in Anspruch nehmen, für begründet zu erachten, indem nicht nur die angegebene Dauer des Verzugs ganz willkührlich angenommen ist, sondern auch der Fall des Vertrages, nämlich verspätete Lieferung, gar nicht vorliegt.

Es ist daher den Beklagten die Liquidation ihres Schadens für den eintretenden Fall lediglich vorzubehalten, woraus sich denn ergibt, daß den Beklagten die Befugniß, wegen ihrer illiquiden Widerklage

die Zahlung des liquiden Theiles der Vorklage zu weigern, nicht zusteht, daher denn die Verurtheilung der Beklagten zur Zahlung der Rechnung, abzüglich des für die Presse angesetzten Preises, mit fl. 199. 22 kr. sammt Zinsen vom Tage der Fälligkeit und zur Zahlung der Rechnung in [8] mit fl. 840. 16 kr. sammt Zinsen vom Tage der Klagbehändigung gegen eine cautio de eventualiter restituendo erfolgen muß.

Aus diesen Gründen wird für Recht erkannt:

I. — — — — — — — — — — — — —

II. Beklagte sind schuldig, — — — binnen 14 Tagen an die Kläger den Betrag von fl. 199. 22 kr. nebst Zinsen zu 5 pCt. vom 16. Februar l. J. an, sowie den Betrag von fl. 840. 16 kr. nebst Zinsen zu 5 pCt. vom 12. October 1853 an gegen eine durch Bürgen oder Pfand zu leistende cautio de eventualiter restituendo zu zahlen.

III. Binnen gleicher Frist haben zu beweisen

1) Kläger:

a) „daß die von ihnen den Beklagten gelieferte hydraulische Presse eine Druckkraft von 200,000 Kilogramm habe,"

oder

b) „daß dieselbe diese Druckkraft durch Verwahrlosung und schlechte Behandlung von Seiten der Beklagten verloren habe;"

2) die Beklagten:

„daß die ihnen von den Klägern gelieferte hydraulische Presse nachbenannte Fehler und Mängel, oder welche derselben vor dem 16. Februar l. J. gehabt habe:

a) daß der Cylinder mangelhaft sei und beim Arbeiten in dem Maaße rinne, wie es bei einer meisterhaften Arbeit nicht der Fall sein dürfe, und diesem Mangel durch die oben an dem Cylinder angebrachte Lederliederung nur sehr unzureichend abgeholfen sei,

b) daß der in dem Cylinder und der Preßhülse auf- und absteigende Kolben bei dem Arbeiten stecken bleibe und statt 3 ½ Fuß nur 1 Fuß steige und falle, und dadurch die Presse nur ein Drittheil dessen, was sie leisten solle, zu leisten vermöge,

c) daß die sogenannte Abstellschraube bei dem Arbeiten ihren Dienst versage,

d) daß die kleinere Pumpe in der Regel ihren Dienst versage,

e) daß die zur kleineren Pumpe gehörige zweite Springventile häufig ihren Dienst versage,

gegen welche Beweise beiden Theilen allenthalben der Gegenbeweis, wie auch gegen die Beweise der Beklagten den Klägern der weitere Beweis vorbehalten bleibt:

„daß die vorerwähnten Fehler und Mängel oder welche derselben durch Verwahrlosung und schlechte Behandlung der Presse von Seiten der Beklagten entstanden seien.“

IV. Nach geführten oder nicht geführten Beweisen soll in der Sache selbst, sowie der Kosten wegen weiter erkannt werden.

V. Den Beklagten und Widerklägern bleibt für den Fall, daß Kläger den Beweis unter III. 1 nicht erbringen sollte, die Liquidation ihrer Schadensansprüche vorbehalten.

Vorstehendes Erkenntniß wurde auf Appellation der Kläger durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 21. Mai 1856 unter Verfällung der Appellanten in die Kosten dieser Instanz bestätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 18. Juli 1857.

Auf Appellation der Kläger.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 21. November 1855 und das darin bestätigte Urtheil des Stadtgerichts vom 30. August 1854 zwar im Uebrigen zu bestätigen, darin aber, unter Compensation der Kosten voriger Instanz, zu Einem Drittel abzuändern seien, daß, soviel

I. die sub II. des Stadtgerichts=Erkenntnisses ergangene Condemnation der Beklagten anbelangt, Kläger zu Bestellung der ihnen auferlegten cautio de eventualiter restituendo nicht schuldig, und

II. die den Partheien sub III. gedachten Urtheils auferlegten, resp. nachgelassenen Beweise dahin zu normiren seien,

A. Kläger haben binnen einer vom Stadtgericht anzuberaumenden Frist rechtlicher Ordnung nach darzuthun,

daß die von ihnen den Beklagten gelieferte hydraulische Presse bei deren am 16. August 1853 erfolgte Ablieferung eine Druckkraft von 200,000 Kilogrammen gehabt habe.

B. Beklagte sind binnen gleicher Frist

1) zu beweisen schuldig,

daß die hydraulische Presse zur Zeit ihrer Ablieferung die im Stadtgerichts=Erkenntnisse sub a — c aufgezählten Fehler und Mängel oder welche derselben gehabt habe;

und bleibt ihnen

2) binnen derselben Frist auch der Beweis unbenommen:

daß die Presse innerhalb der contractmäßigen Garantiezeit vor dem 16. Februar 1854 die sub A. erwähnte Druckkraft verloren, oder die vorgedachten sonstigen Fehler und welche derselben gezeigt habe.

C. Beiden Theilen bleibt allenthalben der Gegenbeweis, und insbesondere den Klägern, vorbehältlich wieder des Gegenbeweises der Beklagten gegen den denselben sub B. 2 freigelassenen Beweis der weitere Beweis vorbehalten:

daß dieß Folge von Verwahrlosung und schlechter Behandlung der Presse abseiten der Beklagten gewesen sei.

Die Kosten jetziger Instanz sind zu Einem Drittheil zu vergleichen, zu zwei Drittheilen dagegen von den Klägern den Beklagten zu erstatten, und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Von den in voriger Instanz aufgestellten, in jetziger mittelst des Grav. I. weiter verfolgten sechs Beschwerden der Kläger betreffen

I. die beiden ersten die im Stadtgerichts=Urtheile vom 30. August 1854 sub II. erfolgte Condemnation der Beklagten in den liquiden

Theil der klägerischen Forderungen, diese jedoch nur insofern, als solche nicht unbedingt ausgesprochen, vielmehr den Klägern auferlegt ist, durch Bürgen oder Pfänder den Beklagten eine cautio de eventualiter restituendo zu bestellen. Diese Beschwerden mußten für begründet anerkannt werden.

Denn ganz abgesehen davon, daß die von den Beklagten aufgestellten Einwendungen und Gegenforderungen sich auf diejenigen Fabrikate und Arbeiten überall nicht beziehen, welche in der Rechnung der Kläger vom 3. September 1853 zum Belaufe von fl. 840. 16 kr. zusammengefaßt sind, so stellt sich auch jene Caution durchaus als eine cautio judicatum solvi für den Fall dar, daß Beklagte mit ihren Reconventions-Ansprüchen zu einem ihre schon liquide und ihre noch streitige Schuld übersteigenden Belaufe durchdringen sollten. Zu derartiger Sicherheitsbestellung sind aber auch Fremde immer nur ausnahmsweise und dann verbunden, wenn besondere, in der Person des Widerbeklagten selbst oder wie in der

Frankf. Sache Goldschmidt ca. Rymenans vom Jahr 1840

in den Justiz-Einrichtungen seines Wohnorts begründete Umstände der Realisirung der wider ihn erstrittenen Ansprüche voraussichtlich Hindernisse oder Schwierigkeiten bereiten werden. Vorliegend ist nun dieß weder behauptet, noch erfindlich, und wenn zu Aufrechthaltung der vom Stadtgericht ex officio beliebten Cautions-Auflage Beklagte in voriger Instanz sich auf den

J. R. Absch. § 124,

sowie auf die Autorität von

Bayer, Vorträge, 7. Aufl. S. 84, vergl. mit 8. Aufl. S. 103.

berufen haben, so kann darin eine Stütze der hier verlangten Sicherheitsbestellung nicht gefunden werden. Denn die betreffenden Bestimmungen und Aeußerungen beziehen sich lediglich auf den ganz anderen, der hier gegebenen Sachlage durchaus nicht analogen Fall, daß entweder wegen mangelnder Suspensivwirkung des noch zuständigen Rechtsmittels oder in Folge der Prozeßart ein noch nicht völlig in Liquidität gestellter, möglicherweise später als wahres indebitum anzuerkennender Anspruch zu vorläufiger Realisirung mittelst Execution gelangen muß. Es konnte daher kein Bedenken haben, die Verurtheilung der Beklagten in den durch ihr direktes Geständniß

bereits in völlige Liquidität gestellten Theil der klägerischen Forderungen zu einer unbedingten umzuwandeln.

Von den übrigen sämmtlich, auf die sub III. des Stadtgerichts-Erkenntnisses ergangenen interlocutorischen Entscheidungen bezüglichen Beschwerden der Kläger ist

II. das dritte und Haupt-Gravamen darauf gerichtet, daß in Betreff der in der klägerischen Rechnung vom 16. August 1853 mit zusammen fl. 1870 angesetzten Forderung für die den Beklagten gelieferte hydraulische Presse und die dazu gehörige Preßhülse der von den Beklagten erhobene Einwand der Unbrauchbarkeit der Presse, worauf hin unterm 29. September 1853 dieselbe zur Disposition der Kläger gestellt worden ist, nicht alsbald auf Grund des replikarischen Gegen-Vorbringens verworfen, resp. gedachte Dispositionsstellung für unstattnehmig erklärt, und daß nicht demzufolge statt Eröffnung eines Beweisverfahrens über die angeblichen Mängel und Fehler eine sofortige Verurtheilung der Beklagten in den obigen Rechnungsbetrag sammt Zinsen, und gleichzeitig Abweisung aller ihrer vermeintlichen Ersatz- und Schadens-Ansprüche erfolgt sei; welche letzteren das Stadtgericht Inhalts der Entscheidungsgründe sub V. B. 3 a) und b) und sub VII. nur theilweise und unter gewissen Voraussetzungen für unbegründet erklärt, im Uebrigen sub V. des decisi einer späteren Liquidation nach Beendigung und je nach Ergebniß des Beweisverfahrens vorbehalten hat. Mit diesem dritten Gravamen und dessen versuchter Begründung steht aber der zum fünften von den Klägern gestellte Antrag, ihnen auch noch darüber:

> daß der Mitbeklagte Warnecke die hydraulische Presse nach gemachtem Gebrauch mit derselben ausdrücklich gebilligt habe,

sowie darüber,

> daß die Beklagten die Presse fortwährend, auch nach der angeblichen Entdeckung der vermeintlichen Fehler, in ihrem Geschäft in Gebrauch genommen und in Gebrauch behalten haben,

Beweis freizulassen, im engsten Zusammenhange, indem dieser Beweisführung für den Fall des Erbringens die Wirkung vindicirt wird, auch alsbald bei deren Nachlaß ausgesprochen werden soll,

daß dadurch der Versuch, die Annahme und Bezahlung der Presse wegen irgend eines angeblichen Fehlers zu verweigern beseitigt sein würde.

Es wird daher insoweit alsbald bei Prüfung der Hauptbeschwerde auf die Eventual-Beschwerdeführung mit einzugehen sein.

Dem von den Beklagten excipiendo gestellten Verlangen, daß theils wegen Mangels der für die bestellte Presse stipulirten Druckkraft von 200,000 Kilogrammen, theils wegen anderer, näher specificirten, angeblich die Presse ganz unbrauchbar machenden Fehler Kläger nicht bloß mit ihrer deßfallsigen Forderung des für die Presse und Preßhülse bedungenen Preises abgewiesen, sondern auch zu deren Rücknahme schuldig erkannt würden, und die von Denselben zurückgewiesene definitive Dispositionsstellung der fraglichen Maschinentheile als eine wohlberechtigte anerkannt werde, haben die Kläger zunächst

A. entgegengestellt, und zwar erst in voriger Instanz weiter ausgeführt, aber doch schon replicando herausgehoben, daß schon nach allgemeinen Grundsätzen, und stehen geblieben bei den Bestimmungen des gemeinen Rechts, die gerügten Fehler, wenn wirklich vorhanden, doch nicht zum Rücktritt vom Contracte berechtigen, sondern nur auf bessere und contractmäßige Erfüllung, resp. auf Entschädigung einen Anspruch begründen könnten. Nun aber liegt weder einer der Fälle hier vor, auf welche sich die von den Klägern allegirten und ähnlichen Gesetzesstellen

L. 12. Cod. de rei vindic. (3. 22.)
L. 8 und 9. Cod. de contr. emt. (4. 38.)
L. 14. Cod. de rescind. emt. (4. 44.)
L. 2. Cod. quando liceat ab emt. (4. 45.)

direkt beziehen, noch handelt es sich überhaupt hier um eine Rescission des Contracts, vielmehr lediglich um eine exceptio non rite adimpleti contractus. Die Frage ist nur die, ob Käufer und Besteller eine weder approbirte noch bezahlte Waare trotz Contractwidrigkeit und solcher Fehlerhaftigkeit, welche sie zu dem Zwecke, für welchen sie ihrer Natur oder dem Contracte nach bestimmt sei, völlig unbrauchbar macht, annehmen und sich schlechthin damit begnügen müssen, daß der Verkäufer und Verfertiger den Versuch

einer Reparatur mache; und dieß ist zu verneinen. Jedenfalls könnte selbst von obigem Standpunkt aus nicht die von den Klägern beantragte Verurtheilung der Beklagten erfolgen; denn die Wahrheit der von ihnen gerügten Mängel vorausgesetzt, müßte mindestens zur Zeit eine Abweisung der auf Bezahlung gerichteten Klage eintreten, und um darüber, sowie ob eine Reparatur erforderlich und ob nach solcher noch auf den vollen Kaufpreis ein Anspruch begründet sei, demnächst erkennen zu können, würde es bei dem eröffneten Beweisverfahren bewenden müssen.

Wenn ferner

B. Kläger ihren Einwand, daß eine Redhibition der fraglichen Maschine ihnen überall nicht, wie es auch mit deren angeblichen Mängeln sich verhalte, angesonnen werden könne, aus dem besonderen Inhalt des hier geschlossenen Contractes, nämlich aus den wegen Probe der Maschine und wegen sechsmonatlicher Garantieleistung getroffenen Stipulationen gerechtfertigt erachten, so war ihnen hierin ebenso wenig beizutreten, vielmehr die dem Contracte von ihnen gegebene Deutung schlechthin zu verwerfen.

Zwar dürfte

1) die Auffassung, welche bei dem Stadtgericht, Inhalts der Entscheidungsgründe sub VI., die Garantie-Clausel gefunden hat, als eine den Beklagten zu günstige zu betrachten sein, und da die Clausel weder für innere Fehler, noch für Fehlerhaftigkeit der Maschine im Ganzen, sondern nur für Güte und Dauerhaftigkeit der Arbeit wie des Materials eine Haftzusage enthält, kann sowohl nach Wortlaut des Contracts, als nach der ganzen Sachlage jene stadtgerichtliche Interpretation keine Billigung finden, selbst abgesehen davon, daß, wenn man die dem schließlichen Contracte vorangegangenen schriftlichen Verhandlungen mit in Betracht zieht, allem Anscheine nach die Garantieleistung gar nicht beklagtischerseits verlangt, sondern von den Klägern zuerst anerboten ist.

Auch kann es

2) dahingestellt bleiben, ob nicht die wegen der vor der Ablieferung anzustellenden Probe beliebte Clausel, — weil dahin lautend, daß Dampfkessel und hydraulische Presse „auf ihre höchste Leistungsfähigkeit" probirt werden sollten — zumeist den Zweck gehabt habe,

um über das mit solcher Probe immer und namentlich hier, wo der Dampfkessel auf das Doppelte der bedungenen Dampfspannung von sechs Atmosphären probirt werden sollte, verbundene Risico einer theilweisen oder gänzlichen Zerstörung der Maschine eine Contractsbestimmung zu gewinnen, welche allen etwaigen Differenzen darüber, wer solches zu tragen habe, im Voraus vollständig begegnete.

Jedenfalls ist

3) nicht anzunehmen, daß die bloße Anstellung der Probe, welche ja nur Mittel und Vorbereitung für das Urtheil über die Brauchbarkeit der Maschine sein kann, und die Approbation zwar herbeizuführen bestimmt, nicht aber zu ersetzen geeignet ist, der Beklagten Pflicht zur Annahme ohne Weiteres begründen sollte, welches auch ihr Ausgang wäre; und ebenso wenig ist anzunehmen, daß mit einer Probe die Sache habe abgethan sein sollen. Wie Kläger selbst den Beklagten wiederholt vorgehalten haben, daß ihnen, mit oder ohne Zuziehung von Sachverständigen, wiederholte Proben anzustellen freigestanden hätte, so läßt sich das Recht hierzu auch schon der Natur der Sache nach nicht bezweifeln, weil der befriedigende Ausfall einer einzelnen Probe noch keine Bürgschaft für wirkliche und andauernde Brauchbarkeit einer Maschine bietet. Mit klaren und bestimmten Worten hätte es ausgedrückt werden müssen, und würde es sicher erklärt sein, wenn dieß die Absicht der Partheien gewesen wäre, es solle mit der Einen Probe, sobald nur nicht ganz ungünstigen Ausgangs, Verweigerung der Annahme den Beklagten unter keinen Umständen mehr gestattet sein, was auch bei den weiteren, probeweise oder in ordentlichem Geschäftsbetriebe stattfindenden Pressungen das Resultat sein möchte.

Außerdem widerstreitet auch

4) die Fassung der Garantie-Clausel selbst jener Behauptung der Kläger, daß nach einmal angestellter Probe Beklagte nur noch auf Grund der ihnen für 6 Monate geleisteten Garantie unentgeltliche Reparatur der fernerweit sich herausstellenden Mängel verlangen könnten. Denn einestheils hat diese Clausel den unentgeltlichen Ersatz des Zerbrochenen und Mangelhaften bloß auf den Fall und für die Folgen ordnungsmäßigen Gebrauchs zugesagt; letzterer aber setzt die Brauchbarkeit und Tüchtigkeit der Maschine und zwar

als eine dauernde voraus. Anderntheils ist auch diese Garantieleistung für „Güte und Solidität unserer Arbeiten" durch die beigefügten Worte „dergestalt, daß ꝛc." auf die im Einzelnen hinterher etwa eintretenden äußerlichen Beschädigungen im engeren Sinne des Worts (verb. „was zerbrochen oder mangelhaft werden sollte") im Gegensatze solcher Fehler beschränkt, welche die innere Construction und Zweckmäßigkeit wie Wirksamkeit der Maschine im Ganzen betreffen, und wäre also für den Fall, daß letztere, die doch vor allen präjudicirlich für den Besteller wären, nach angestellter Probe erst durch den Gebrauch sich herausstellten, auch nicht einmal für die nächstfolgende Zeit auf kostenlose Beseitigung derselben ein klar und unzweifelhaft anerkannter Anspruch durch jene Clausel den Beklagten gesichert gewesen, wenn man davon mit den Klägern ausginge, daß diese überhaupt nur insoweit und in der Maaßen als der Contract wörtlich besage, hätten haftbar sein wollen und sollen. Auf das die beiden Stipulationen verknüpfende Wort „außerdem" läßt sich nicht mit den Klägern irgend welches Gewicht legen. Einfach und vollständig erklärt es sich daraus, daß ausweislich der schon oben erwähnten Correspondenz vom Februar 1853 Kläger beim Definitiv-Abschluß des Contracts noch neben der von ihnen gleich Anfangs anerbotenen Garantieleistung, welche selbst schon eine Ausnahme von dem allgemeinen Vertragsrecht bildet, zu dem weiteren besonderen Zugeständnisse sich verstanden, daß eine Probe auf höchste Leistungsfähigkeit der Ablieferung vorangehe. Auch bietet sonst die Garantie-Clausel weder an sich, noch in ihrer Fassung irgend welchen Hinweis oder Anhalt dar, daß sie Umfang und Art der den Beklagten obliegenden Haftpflicht in exclusiver Weise contractlich festzustellen, und unter das Maaß der den redemptor operis gemeinrechtlich und regelmäßig treffenden Verbindlichkeiten zu beschränken bestimmt gewesen sei.

Allem diesem nach war

5) darin den Beklagten wie den früheren Urtheilsverfassern durchaus beizutreten, daß, dafern nur an der ihnen gelieferten Maschine wirklich solche Fehler nachweislich sind, welche sie unbrauchbar machen und nach allgemeinen Grundsätzen die Annahme-Weigerung, resp. das Verlangen der Rücknahme rechtfertigen, die hier

vorliegende lex specialis contractus weder an sich, noch etwa in Folge dessen, daß die Probe für gehörig angestellt zu erachten wäre, der Geltendmachung jenes Rücktrittsrechts entgegenstehe, und daß die Beklagten zwar bei Mangel, resp. Unerweislichkeit solcher Fehler und Gebrechen der Presse, welche die Redhibition zu begründen vermöchten und die Versagung der Approbation rechtfertigten, auf Grund der Garantie-Clausel unentgeltliche Beseitigung zu verlangen befugt gewesen wären und immer noch sein würden, daß jedoch in keiner Weise dieselben gehalten sind, dieß als das einzige, neben und nach jener Probe ihnen contractlich zuständige Recht gelten zu lassen.

Ebenso wenig als in dem Contracte liegt

C. in den verschiedenen, der concreten Sachlage entnommenen Momenten, welche Kläger dafür relevirt haben, daß die wegen angeblicher Unbrauchbarkeit der Presse eingetretene Dispositionsstellung und Zahlungsweigerung keine Berücksichtigung finden dürfe, ein ausreichender Grund zu der verlangten sofortigen Verurtheilung der Beklagten.

Unerheblich ist zunächst, daß

1) von den sämmtlichen zusammen bestellten und zu einander gehörigen Maschinen nur die Presse und Preßhülse zur Disposition gestellt worden ist. Denn wenn dieß nicht nach Analogie der im Stadtgerichts-Erkenntnisse angeführten Gesetzesstellen dadurch gerechtfertigt erschiene, daß für jede Maschine eine gesonderte Preisbestimmung getroffen war, so würde doch jene Zusammengehörigkeit jedenfalls nur dahin führen können, daß Kläger, was nicht geschehen ist, auch die Rückgabe der übrigen unbeanstandet gebliebenen Stücke verlangen dürften.

2) Von einer Verspätung der Dispositionsstellung, wodurch das Recht dazu, wenn auch sonst begründet, verloren wäre, welchen Einwand übrigens Kläger replicando nur andeuteten und erst in den oberen Instanzen besonders geltend gemacht haben, kann nicht die Rede sein. Denn der für den eigentlich kaufmännischen Verkehr geltende, auch Seitens des Ober-Appellationsgerichts vielfach anerkannte Satz, daß Untersuchung der Waare und Erklärung über deren Annahme alsbald nach ihrem Empfang zu erfolgen habe,

und daß ein deßfallsiger erheblicher und unmotivirter Verzug des Rechts zur Ablehnung verlustig mache, ist auf den eigentlichen Handelsverkehr mit Waaren zu beschränken, auch bisher nur für diesen in diesseitigen Präjudicaten als besonderer, vom gemeinen Recht abweichender Handelsbrauch anerkannt worden. Auf Maschinen, welche keinen von Hand zu Hand gehenden Gegenstand des Waarenverkehrs bilden, und welche mehr oder weniger immer individuellen Bedürfnissen und Ansprüchen genügen sollen, wird sich schon aus diesem Grund überhaupt nur in sehr beschränktem Maaße von jenem Satze Anwendung machen lassen, wie er denn auch in der von den Klägern allegirten

Frkf. Sache Klees & Hauser ca. Reuleaux v. J. 1840*)

nur dahin benutzt worden ist, daß von den während des Gebrauchs sich herausstellenden Fehlern, um die deßfallsige Garantie-Zusage geltend machen zu können, alsbaldige Anzeige gemacht werden müsse, und ohne solche von der Maschine fernerer Gebrauch nicht gestattet sei. Vollends aber wird man für die Erprobung einer nach bestimmten Angaben bestellten Maschine und für die Erklärung, ob solche als fehlerfrei und brauchbar erachtet werde und angenommen sein solle, nicht auf alsbaldiger Untersuchung und sofortiger Kundgabe des Entschlusses bestehen können. Hier ist nicht in dem Maaße, wie bei eigentlicher Handelswaare, die Untersuchung unabhängig von dem Geschäftsbetriebe selbst, wird vielmehr oft entweder erst durch die Benutzung für letzteren möglich, oder führt doch bloß mittelst wiederholten Gebrauchs zu verläßlichen Resultaten, ganz abgesehen davon, daß hier für den Besteller die Zuziehung von Sachverständigen in erhöhtem Grade nothwendig und zugleich doch auch schwierig und nicht alsbald ausführbar zu sein pflegt. Wiederholte Untersuchung und die Anstellung größerer Probe-Versuche liegt daher in solchen Fällen dergestalt in der Natur der Sache, daß es umgekehrt häufig befremdlich und mit der bona fides kaum vereinbar wäre, wollte der Besteller auf das, wenn ungenügende, doch immer noch unsichere und über die Unbrauchbarkeit und Mangelhaftigkeit keineswegs entscheidende Ergebniß der ersten Untersuchung hier sofort die Maschine zur Disposition des Verfertigers stellen.

---

*) Siehe unten Seite 290.

Auch ist die erneute Anstellung von Proben, welche die Approbation oder Reprobation eben nur herbeiführen soll, nicht aber ohne Weiteres beweisen oder gar ersetzen kann, und ebenso die Hinausschiebung der definitiven Erklärung über Annahme oder Ablehnung um so unbedenklicher, als ein in der Natur der Sache begründetes, nur durch klare und ausdrückliche Stipulation ausgeschlossenes Recht des Bestellers anzuerkennen, weil nicht bloß derselbe für die durch ungehörige und unnöthige Proben herbeigeführten Beschädigungen und Verschlechterungen verantwortlich ist, sondern auch dem Verfertiger und Lieferanten unbenommen bleibt, wenn er von vornherein einen bestimmten Termin zu verabreden unterließ, hinterher einen angemessenen dem Besteller setzen zu lassen, bis zu welchem die Erprobung zu beendigen und die definitive Erklärung abzugeben sei, und weil überdieß die Reprobation, resp. Redhibition nicht vom freien Ermessen und individuellen Belieben des Bestellers abhängt, sondern bloß ex justa causa und dann erfolgen kann, wenn wirklich die gelieferte Maschine unbrauchbar oder contractwidrig und damit inapprobabel und inacceptabel war.

Hiernach kann denn, sobald nur die excipiendo relevirte und zum Beweise verstellte Fehlerhaftigkeit der Presse von solcher Art war und constatirt wird, der Umstand, daß erst zu Ende Septembers deren Annahme definitiv abgelehnt wurde, an sich nicht entscheiden; und mag es daher unerörtert bleiben, ob nicht auch alle jene Verhandlungen, welche unmittelbar nach der Probe des 17. August in Anlaß der klägerischen Rechnungs-Einsendung Statt gehabt und zu der neuen Probe vom 12. September geführt haben, dann aber wieder an die schon am 16. ejusd. von den Beklagten erklärte Ablehnung der Presse sich knüpfen, und eine Vereinbarung über die nochmalige gemeinsame Probe des 25. ejusd. zur Folge hatten, es unmöglich machen würden, die bereits 4 Tage nach dieser letzten Probe definitiv ausgesprochene Dispositionsstellung als verspätet und den Rechten der Beklagten präjudicirlich zu behandeln.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich zugleich

3) daß dem weiteren Vorbringen der Kläger, es hätten Beklagte nach der Probe vom 17. August, welche doch schon die Fehlerhaftigkeit der Presse gezeigt haben solle, noch von derselben für ihr

Geschäft Gebrauch gemacht, weder insoweit Gewicht beizulegen steht, als solcher Gebrauch durch die Correspondenz und das Zugeständniß der Beklagten constirt, noch auch, soweit es an solcher Gewißheit fehlt, die Folge gegeben werden kann, den Klägern, wie sie ad Grav. V. gebeten haben, annoch einen deßfallsigen Beweis freizulassen. Denn nur zur Probe wollen Beklagte einige weitere Preßversuche gemacht haben, und dazu stand ihnen selbst ohne Zuziehung und Zustimmung der Kläger, oder wie diese sich ausdrücken, heimlich, das Recht zu. Einen solchen Gebrauch aber der Presse in und zu dem beklagtischen Fabrikgeschäfte, welcher die völlige Brauchbarkeit der Presse constatirt oder einen bindenden Verzicht auf das an sich begründete Verlangen der Rücknahme enthielte und erwiese, haben Kläger, wenn sie auch nebenher einmal von enormen Quantitäten gepreßter Tabletten reden, gar nicht bestimmt zu behaupten gewagt, überhaupt bei diesem Vorwurf es an der gehörigen Substantiirung zu sehr ermangeln lassen, als daß für sie die Berechtigung, für den Richter die Möglichkeit zu deßfallsigem Beweisnachlasse gegeben wäre.

Ebenso wenig kann einen Verzicht begründen oder erweisen und das Recht zu an sich gegründeter Ablehnung entziehen,

4) daß Beklagte, obwohl nach dem Contract erst bei der Ablieferung zu Zahlung von ⅔ des accordirten Preises verbunden, bereits im Juli nach der ersten Probe deren, bis auf die entdeckte Porosität des Cylinders, befriedigendes Resultat ihnen bekannt gewesen sei, eine Zahlung von fl. 1000 geleistet hätten, oder daß sie nach beschaffter Reparatur des Cylinders erst zwar in ihren Briefen vom 7. und 9. August auf eine förmliche Untersuchung unter Zuziehung von Sachverständigen bestanden, dann aber, auf der Kläger deßfallsige Bedingungen nicht eingehend, durch ihren Brief vom 13. ejusd. einfach die Lieferung der Maschine verlangt haben.

Denn wie eine freiwillige Abschlagszahlung überall keinen Verzicht auf etwaige Einreden begründet, sondern höchstens nur die Hoffnung bekundet, daß zu solchen kein Anlaß werde gegeben sein, so läßt hier vollends der Umstand, daß die zu Offenbach angestellte erste Probe, wenn vollständig zu der Beklagten Kunde durch Mathias gebracht, als ganz befriedigend nicht gelten konnte, keinen

Zweifel übrig, daß nur aus besonderen persönlichen Rücksichten für die Kläger, oder wegen der übrigen, damals nach der Rechnung alsbald gelieferten untadelhaften Maschinen jene Abzahlung geschehen sein werde, keineswegs aber eine Genehmigung der erst noch zu erwartenden, und einer so umfassenden als schwierigen Reparatur bedürftigen Presse sein sollte.

Den Brief vom 13. August aber anlangend, so enthält das ihm vorangegangene, von den Klägern zurückgewiesene oder doch nur unter willkührlichen Bedingungen und Beschränkungen acceptirte Verlangen, daß eine gründliche Prüfung unter Zuziehung eines Sachverständigen in Frankfurt mit der Presse angestellt werde, durchaus nichts Contractwidriges oder Ungebührliches. Denn einestheils läßt sich die zu Ende Juni von Mathias proponirte, zu Offenbach vorgenommene Probe sowohl nach Inhalt des Contracts, in welchem die Worte „vor der Ablieferung" nur von der zu Frankfurt zu bewirkenden Uebergabe der Maschine und der dazu nöthigen vorgängigen Zusammensetzung und Aufstellung im Fabriklocale verstanden werden können, als auch nach Fassung der auf diese Probe bezüglichen Briefe vom 29. Juni und 1. Juli für nichts Anderes als einen vorläufigen Versuch ansehen, welcher die contractmäßige Probe auf die höchste Leistungsfähigkeit zu ersetzen weder bestimmt, noch geeignet war. Anderntheils hatte sie jedenfalls wegen der dabei entdeckten Porosität des Cylinders kein solches Resultat geliefert, daß Kläger nach vollendeter Reparatur jede weitere Untersuchung für überflüssig erklären durften, ganz abgesehen davon, daß Mathias selbst, dessen Gutheißung Kläger als die Beklagten schlechthin bindend für sich in Anspruch nehmen, die neue und genauere Prüfung der reparirten Presse als dienlich proponirt hatte. Unter solchen Umständen ist überall nicht abzusehen, wie es den Beklagten sollte präjudiciren und als ein Verzicht auf alle und jede Ausstellung gegen die Tüchtigkeit der Presse gelten können, daß sie auf die Bedingungen der Kläger so wenig eingingen, als darüber in Verhandlung blieben, vielmehr zu Vermeidung längeren Verzugs und sonstiger Weiterungen sich auf die einfache Erklärung beschränkten in Gemäßheit des Contracts die Lieferung der Presse zu gewärtigen. Eher kann es als den Klägern präjudicirlich erscheinen, daß sie,

ohne den Differenzpunkt, ob Beklagte die zu Offenbach vor und nach jener Reparatur bloß mit Mathias angestellten Proben als Erfüllung der deßfallsigen Contracts-Clausel anzuerkennen verpflichtet und gemeint wären, zuvor in's Klare zu stellen, und selbst ohne irgend welchen Vorbehalt alsbald die Presse lieferten, und sich so de facto dem fügten, daß die Prüfung der Presse erst nach deren Aufstellung im Fabriklocale der Beklagten erfolge.

Wenn endlich

5) Kläger zu Ablehnung jeder weiteren Haftpflicht für die Brauchbarkeit der Presse theils in dem an Mathias gerichteten Briefe vom 11. August, theils replicando noch geltend gemacht haben, daß sie nach den Angaben des Mathias die Presse gefertigt hätten und daher für Constructions-Fehler nicht verantwortlich sein könnten, so mag dahingestellt bleiben, ob sie hierbei überhaupt etwas Anderes im Sinne gehabt haben, als einen Hinweis auf die dem Mathias beigelegte Stellung eines Vertreters und Vermittlers, sowie darauf, daß der zuerst mit diesem verabredete Contract über Druckkraft und Größe der Presse einige allgemeine normative Angaben für die zu effectuirende Bestellung enthielt, und ob nicht damit, daß Kläger auf diesen, wenn wahr, ganz erheblichen Umstand in höherer Instanz speciell gar nicht zurückgekommen sind, dessen Ungrund oder Unerweislichkeit anerkannt sei; denn jedenfalls fehlt es, wie schon das Stadtgerichts-Erkenntniß hervorhebt, an jeder gehörigen Substantiirung obigen Vorbringens.

Solchergestalt reducirt sich denn Alles

D. auf die Frage, ob eine solche Approbation der Presse, welche sowohl die Anerkenntniß ihrer Brauchbarkeit und Contractmäßigkeit enthielte, als auch das beklagte Comité zu binden vermöchte, entweder schon erwiesen vorliege, oder wenigstens dergestalt behauptet sei, daß eine deßfallsige Beweisauflage Seitens des Stadtgerichts hätte erfolgen müssen, oder jetzt, wie ad Grav. V. in Betreff des Mitbeklagten Warnecke beantragt ist, zu erfolgen hätte. Bei Prüfung dieser Frage ist aber nach dem Obigen davon auszugehen, daß der Natur des hier vorliegenden Geschäfts wie dem Contracte nach keineswegs die bloße Anstellung von Proben und Preßversuchen, und ob diese nicht gänzlich mißglückten oder kein völlig unbefriedigen-

des Resultat hatten, sondern nur dieß entscheiden kann, ob in Folge und auf Grund derselben eine wirkliche Approbation erfolgt ist, welche, sei es nun durch ausdrückliche Erklärung oder mittelst unzweifelhaft concludenter Thatsachen, die vollständige Brauchbarkeit und Contractmäßigkeit der gelieferten Maschine dergestalt anerkannt hat, daß alle Gefahr als auf die Beklagten übergegangen und von denselben, soweit nicht die Garantie-Zusage eine Ausnahme begründet, zu tragen gelten muß, und nur etwa noch wegen unentdeckbarer oder verheimlichter Fehler, welche später sich zeigten, eine Anfechtung des im Uebrigen vollständig von den Klägern erfüllten Contractes zu gestatten wäre. Für eine solche Approbation fehlt es jedoch sowohl an jedem Beweis, als selbst an der gehörigen Behauptung.

Daß

1) die Beklagten als Comité direkt und positiv die gelieferte Presse approbirt hätten, haben Kläger überall nicht eingewendet, sondern nur aus deren Verhalten und Aeußerungen folgerungsweise, jedoch nach dem Obigen in unzutreffendem Maaße, dieß herleiten zu können vermeint, daß eine Anerkenntniß der Lieferung und ein Verzicht auf weitere Prüfung, sowie auf Reprobation der Presse anzunehmen stehe. Wenn dagegen allerdings

2) behauptet ist, daß der Mitbeklagte Warnecke als Comité-Mitglied nach der in seiner Gegenwart am 17. August zu Frankfurt im Fabriklocal angestellten Probe-Pressung „seine höchste Zufriedenheit und Anerkennung der Güte und Leistungen der Presse mit höchster Entzückung ausgesprochen“ und dieselbe „ausdrücklich gebilligt“ habe, so würde es zwar für Warnecke als Comitémitglied einer besondern Bevollmächtigung nicht bedürfen, damit, was er in jener Qualität gethan und erklärt hätte, für die Gesellschaft verpflichtend würde; namentlich nicht, wenn auf eine dem Comité selbst gemachte Anzeige von der im Fabriklocale nach der Aufstellung beabsichtigten Probe sich Warnecke zu solcher eingefunden hätte. Allein eine derartige Benachrichtigung des Comité von der am 17ten anzustellenden Probepressung ist weder von Klägern behauptet, noch Inhalts des Warnecke'schen Schreibens vom 18. August, wonach das Comité noch förmliche direkte Anzeige vor der Aufstellung gewärtigte, anzunehmen. Um so mehr müßte aus der Art

und Weise, wie Warnecke seine Zufriedenheit ausgedrückt, erhellen, daß er nicht bloß seine individuelle Ansicht und persönliche Befriedigung kundgegeben habe, sondern Namens des Comité, und um dieses zu verpflichten, durch ihn eine wirkliche Approbation, und zwar nicht etwa bloß des damaligen Preßversuchs, vielmehr der Maschine und ihrer Beschaffenheit wie Leistungsfähigkeit erfolgt sei.

An solchen Angaben haben es nun aber die Kläger, wie überhaupt an der nähern Substantiirung jener Probe vom 17. August, in den Verhandlungen der Vorklage durchaus ermangeln lassen, und was aus der Erinnerung des Einen Mitklägers in der klägerischen Schlußerklärung zur Widerklage hierüber noch vorkommt, würde, wenn erweislich, sogar eher darauf hinweisen, daß Warnecke nur über das durch die Pressung erzielte Product seine persönliche Befriedigung geäußert habe. Mit gutem Grunde haben daher die vorderen Erkenntnisse von dieser angeblich durch Warnecke erfolgten Approbation ganz abstrahirt, und bleibt hiernach nur

3) diejenige Approbation übrig, welche durch Mathias als Vertreter und Namens der Beklagten erfolgt sein soll.

In dieser Beziehung entsteht nun zunächst schon

a) das Bedenken, ob nicht diejenigen beiden Proben, welche Mathias noch in Offenbach vor Ablieferung der Presse in das Fabriklocal der Beklagten veranstaltet hat, schon aus dem Grund als ganz unerheblich zu bezeichnen sein möchten, weil Beklagte die zu Frankfurt nach der dortigen Aufstellung der Maschinen zu veranstaltenden Proben als die eigentlich und allein entscheidenden nicht bloß ihrerseits von vornherein behandelt haben, sondern auch nach dem Contracte berechtigt gewesen seien, und hiernach jene Offenbacher Proben nur als vorläufige anzusehen wären, welche bloß constatiren sollten, inwieweit mit Transport und Aufstellung der Maschine nach und in der beklagtischen Fabrik vorgegangen werden könne.

Nicht minder dürfte

b) in Frage kommen, ob denn überhaupt für die demnächst zu Frankfurt am 17. August angestellte Probe die Mitwirkung und Anerkennung des Mathias neben der des Comité-Mitgliedes Warnecke als erheblich gelten könnte.

Jedenfalls aber erhellt

c) aus der zu den Acten gekommenen Correspondenz (auf welche Kläger für ihre wiederholte Behauptung, daß Mathias Vertreter und Bevollmächtigter des Comité gewesen, sich von Anfang an allein berufen haben) in keiner Weise eine solche Bevollmächtigung des Mathias, in deren Folge die von ihm abgegebenen Erklärungen als schlechthin das Comité bindend erachtet werden könnten. Namentlich betraf der beklagtische Brief vom 1. Juli nur speciell die damals angesetzte, wegen Porosität des Cylinders und der dadurch herbeigeführten Reparatur-Arbeiten nachher so gut wie bedeutungslos gewordene Probe, und zeigt zugleich derselbe in dem Vorbehalte, es dürfte die wahrhafte Brauchbarkeit und Güte der Presse sich erst in Frankfurt und an Ort und Stelle herausstellen, deutlich genug, daß dem Mathias nicht sowohl eine entscheidende Erklärung zustehen, als nur Prüfung und Berichterstattung obliegen sollte, sonach bloß Stellung und Befugniß einer Mittelsperson, nicht eines wahren Vertreters eingeräumt war. — Außerdem sind auch

d) die Angaben über das, was Mathias bei den fraglichen Proben gethan und erklärt habe, von viel zu vager Unbestimmtheit, als daß sie Beachtung finden und zu einem Beweisnachlaß geeignet scheinen könnten. Wie es in der Replik dieserhalb bald nur heißt, er sei mit der Presse zufrieden gewesen, bald nur, er habe dieselbe probirt und approbirt, bald nur, daß er die Presse einer Probe unterworfen und zu seiner Zufriedenheit einen Satz Gemüse damit gepreßt habe, so ergibt wieder die Correspondenz (namentlich der Mathias'sche Brief vom 5. August, worin er nach erfolgter Reparatur die Proposition wegen Zuziehung eines Sachverständigen machte, sowie der Brief vom 25. ejusd., worin er sich fortan ganz passiv bei den obwaltenden Differenzen verhalten zu wollen erklärte) zur Genüge, daß er selbst weder die bei der ersten Probe „im Uebrigen" (d. h. abgesehen von dem Fehler des Cylinders) angeblich ausgesprochene Zufriedenheit als eine definitive Approbation der Presse angesehen, noch die Sache als durch den Erfolg der zweiten Probe vom 12. August eigentlich abgethan behandelt, noch überhaupt sich eine Stellung beigelegt und Kundgebungen seiner Ansicht gethan haben könne, durch welche die Kläger auch nur zu der Annahme

sich hätten veranlaßt finden können, geschweige denn ein Recht darauf gewonnen hätten, daß seine Approbation die Beklagten binden, alle weiteren Ausstellungen an der Presse, wie begründet sie an sich sein möchten, ausschließen, und die unbedingte Nothwendigkeit einer Abnahme und Bezahlung derselben begründen werde.

In aller Weise erscheint es hiernach gerechtfertigt, wenn die vorderen Instanzen dem klägerischen Antrag auf unbedingte und vollständige Condemnation der Beklagten keine Folge gegeben, vielmehr über die von Letzteren behauptete Fehlerhaftigkeit und Unbrauchbarkeit der Presse ein Beweisverfahren eröffnet haben.

Es kommt nur noch in Frage,

III. ob die deßfallsigen Beweisauflagen dem Recht und der Sachlage entsprächen, oder ob selbige mit Grund von den Klägern in ihren Eventual-Beschwerden IV — VI angefochten seien und den deßfallsigen Anträgen gemäß oder anderweit einer Aenderung bedürften.

Wenn nun in dieser Richtung Kläger in Betreff

A. der ihnen selbst auferlegten, resp. nachgelassenen Beweise sich zunächst

1) darüber ad Grav. IV. beschwert haben, daß ihnen und nicht vielmehr den Beklagten darüber Beweis angesonnen sei, ob die hydraulische Presse die contractmäßige Druckkraft von 200,000 Kilogrammen gehabt habe oder nicht, so konnte die Grundlosigkeit dieser Beschwerde keinem Zweifel unterliegen. Denn es handelt sich hierbei um ein specielles dictum et promissum, und für Fälle dieser Art ist das Ober-Appellationsgericht immer davon ausgegangen, daß der klagende Verkäufer und Lieferant zu beweisen habe, daß die von ihm gelieferte Sache die speciell zugesagten Eigenschaften besitze,

vergl. Bender, Handb. des Frank. Proz. § 41. Note 4.

was hier um so weniger ein Bedenken haben kann, als Approbation und Abnahme der Presse abseiten der Beklagten noch nicht erfolgt ist.

Dahingegen war

2) dem ad Grav. V. gestellten Antrage gemäß zu verfügen, daß der deßfallsige Beweis darauf gestellt werde, ob die Presse zur Zeit der Ablieferung, d. h. am 16. August, wo die Aufstellung derselben im Locale der Beklagten erfolgte und zu der Tags darauf wirklich angestellten Probe Alles bereit war, die obige

Druckkraft gehabt habe. Wenngleich nämlich bei einer conductio operis der vorliegenden Art erst mit der ertheilten Approbation abseiten des Bestellers und Käufers der Vertrag zur vollen Perfection gelangt, und wenngleich für die der Approbation vorangehende Prüfung die erforderliche Zeit nicht zu versagen steht, so muß doch immer als das entscheidende Moment dieß angesehen werden, ob zu dem Zeitpunkte, wo das opus vollendet und zu des Bestellers Verfügung und Benutzung gestellt war, was hier mit der in der beklagtischen Fabrik bewirkten Aufstellung und der deßfallsigen Anzeige geschah, die Arbeit approbabel, d. h. den contractmäßigen oder in ihrer Bestimmung liegenden Erfordernissen entsprechend, sowie fehlerfrei war. Denn solchen Falls hätte die Approbation eigentlich alsbald geschehen müssen, und nur ein factischer Verzug in deren Kundgebung tritt wegen der zumeist im Interesse des Bestellers freizulassenden Untersuchung unvermeidlich ein. Wie nun dieser ihm selbst nicht dahin präjudicirt, daß er des Rechts späterer Reprobation, wenn das opus sich wirklich als fehlerhaft ausweist, verlustig ginge, so kann auch dem Verfertiger, zumal wo mit der Vollendung, wie hier, auch das opus seiner custodia entzogen wird, nicht angesonnen werden, daß er, obwohl er und nachdem er seinen übernommenen Verbindlichkeiten vollständig durch Lieferung eines fehlerfreien und daher, wenn auch noch nicht de facto approbirten, doch de jure nothwendig zu approbirenden Werkes nachgekommen ist, dessenungeachtet für alle bis zur wirklichen Approbation von außen her und ohne sein Verschulden eintretenden Aenderungen und Beschädigungen noch einstehe, und die Gefahr seinerseits bis zu jenem Momente trage. Es wird vielmehr, wie die an den Act der Approbation sich knüpfende völlige Perfection des Geschäfts immer auf den Moment der Vollendung und Lieferung retrotrahirt, so auch die Frage, inwiefern jene Approbation zu versagen oder ertheilen, resp. mit Recht oder Unrecht verweigert worden sei, immer davon abhängig gemacht werden müssen, ob in dem gedachten Momente das Werk approbabel war oder nicht. Unter dieser Voraussetzung und Beschränkung vorhandener Approbabilität ist der auf Grund von

L. 36. 37 Dig. locati (19. 2).

neuerdings besonders von

Mommsen, Beiträge rc., Abth. I. Seite 371 flg. und III. Seite 420 flg.

des Weiteren ausgeführten Ansicht, daß mit Vollendung des opus die Gefahr auf den Besteller übergehe, beizutreten.

Hieran kann auch vorliegend die von den Klägern geleistete Garantie-Zusage nichts ändern, wie dieß das Stadtgericht insofern angenommen zu haben scheint, als in den Entscheidungsgründen Seite 11 gesagt ist, es liege den Klägern der Beweis ob, „daß die Presse die zugesagte Druckkraft innerhalb der Garantiezeit gehabt habe." Denn diese besondere Clausel begründet für die Kläger zwar die weitere Verpflichtung, daß sie auch nach bereits auf die Besteller übergegangener Gefahr alle diejenigen Beschädigungen, welche trotz ordnungsmäßigen Gebrauchs der Presse binnen 6 Monaten eintreten möchten, unentgeltlich herzustellen haben. Sie kann aber für dieselben nicht die Folge haben und dahin ausgedehnt werden, daß sie nach Lieferung einer durchaus approbablen Presse und trotz damit eingetretener vollen Erfüllung ihrer Hauptverbindlichkeit wegen solcher Mängel, welche durch den Gebrauch nicht etwa nur erkennbar werden, sondern erst entstehen, dem Besteller noch das Rücktrittsrecht und die Befugniß zur Dispositionsstellung ganz so zu gewähren verpflichtet wären, wie wenn sie eine mit offenen oder heimlichen Fehlern behaftete Presse geliefert hätten und ihren übernommenen Verbindlichkeiten sonach nicht nachgekommen wären.

Uebrigens konnte

3) die hiernach erforderliche Aenderung der stadtgerichtlichen Beweisauflage nicht in der Art, wie sie nach Fassung der Beschwerde allerdings geboten war, d. h. als dritte Alternative neben den beiden vom Stadtgerichte den Klägern auferlegten Beweisen, sondern nur in der Art eintreten, daß statt der ersten auf dermaliges Vorhandensein der Druckkraft gestellten Alternative in obigem Maaße der Nachweis über die bei der Ablieferung vorhanden gewesene Druckkraft zu erbringen sein wird. Zwar wird es den Klägern, wenn und soweit aus der dermaligen Druckkraft der Presse ein verläßlicher Rückschluß auf die frühere und damalige sich ziehen läßt, unbenommen bleiben, darzuthun, was sie allerdings behauptet haben, daß noch jetzt die stipulirte Druckkraft vorhanden sei, immer

aber doch konnte ein weiterer Beweis ihnen nicht auferlegt werden, als daß zu jener Zeit die Presse von der stipulirten Beschaffenheit gewesen sei.

Auch war in Folge dieser Aenderung nicht bloß

4) die zweite stadtgerichtliche Beweis-Alternative, daß die Presse, wenn solche die Druckkraft nicht mehr habe, dieselbe nur durch schlechte Behandlung und Verwahrlosung abseiten der Beklagten verloren habe, in solchem Maaße nicht weiter beizubehalten thunlich, da die erst nach der Ablieferung eingetretene Benutzung der Presse für die Frage, von welcher Beschaffenheit dieselbe bei der Ablieferung gewesen, bedeutungslos ist, sondern es war auch noch

5) darauf Rücksicht zu nehmen, daß, wenn die Presse später, aber noch innerhalb der Garantiezeit, die vollständige Druckkraft nicht gehabt hätte, wie dieß die Beklagten bestimmt auf Grund der am 17. August und später versuchten Pressungen behaupten, denselben wenigstens auf unentgeltliche Herstellung der Druckkraft so lange ein wohlbegründeter Anspruch zur Seite steht, als nicht ordnungswidriger Gebrauch der Presse Statt gehabt hätte, und daß sie, wenn auch wegen dieser spätern Minderung der anfänglich und zur Zeit der Ablieferung erweislich vorhandenen Druckkraft ihre Weigerung, die Maschine zu behalten, nicht gerechtfertigt erschiene, doch bis zu Herstellung solchen Schadens die Zahlung retiniren dürften. Es mußte daher den Beklagten neben den Beweisen, welche das Stadtgericht ihnen wegen der sonstigen Fehler, wodurch die Presse von Anfang an unbrauchbar gewesen sein soll, auch noch über jene Behauptungen ein Beweis nachgelassen werden, gegen welchen dann den Klägern der mit ihrem Hauptbeweise vom Stadtgericht alternativ verbundene, in diesem Maaße aber nach dem Vorstehenden nicht weiter stattnehmige Beweis der Verwahrlosung und schlechten Behandlung der Presse Seitens der Beklagten, und daß solches den spätern Verlust an Druckkraft veranlaßt habe, als Repliken-Beweis neben dem direkten Gegenbeweise frei bleiben mußte.

B. Ueber die den Beklagten auferlegten Beweise haben sich die Kläger, soviel

1) die Fassung der deßfallsigen Auflagen des Stadtgerichts betrifft, in voriger Instanz nur insofern beschwert, als gelegentlich

des Grav. III. von ihnen justificando bemerkt worden ist, es dürfe nicht beliebig für die ganze Zeit „vor dem 16. Februar 1854," dem Endpunkte der contractmäßigen Garantiezeit, sondern es müsse bestimmt für die Zeit der Ablieferung von den Beklagten die an der Presse anderweit gerügte Unbrauchbarkeit durch Nachweis aller oder einzelner der von ihnen relevirten und in der Beweisauflage specificirten Fehler und Mängel dargethan werden.

Diesem zwar nicht ausdrücklich in jetziger Instanz erneuten, aber durch die allgemeine Bezugnahme auf das frühere Vorbringen und durch die Weiterverfolgung der in voriger Instanz erfolglos eingewendeten Appellation für wiederholt zu erachtenden Antrage war aus den oben sub A. 2 ausgeführten Gründen gleichfalls zu deferiren, aber auch zugleich die Folge zu geben, daß hinsichtlich dieser anderweiten Unbrauchbarkeitsgründe den Beklagten ebenso der Beweis unbenommen bleibt, daß binnen gedachter Garantiezeit jene Fehler sich gezeigt haben, um daraufhin, falls nicht Kläger, daß solches von den Beklagten durch Verwahrlosung und schlechte Behandlung der Presse verschuldet sei, nachzuweisen vermöchten, wenigstens der aus der Garantie-Zusage auf unentgeltliche Herstellung der Presse begründeten Ansprüche und Vortheile sich zu versichern; welche Beweise mit dem über den später eingetretenen Verlust der Druckkraft freizulassenden, weil gleicher Tendenz und Wirkung, füglich combinirt werden konnten.

Dahingegen war

2) das ad Grav. VI. voriger Instanz gestellte Verlangen, daß von den Beklagten außer dem Beweise der von ihnen excipiendo gerügten Fehler und Mängel der Presse auch noch dargethan werde, die Presse ordnungsmäßig gebraucht zu haben, als unbegründet zu verwerfen. Denn die Fehlerhaftigkeit, resp. die Garantie-Zusage bildet als solche das Fundament der beklagtischen Einreden, resp. Ansprüche, und ist es als besondere Replik aufzufassen, also auch von den Klägern zu beweisen, wenn sie in Folge eines Verschuldens der Beklagten entweder von der Vertretung jener Fehler oder von der Erfüllung dieser Zusage frei zu sein vermeinen.

Diesem Allen zufolge war die in der Sent. a qua lediglich bestätigte stadtgerichtliche Beweisauflage zwar in einzelnen Neben-

punkten ebenso zu modificiren, wie dieß sich für die ergangene partielle Condemnation als nothwendig ergeben hatte. In den Hauptpunkten aber stellt sich doch bei gänzlichem Ungrunde des Grav. III die jetzige Entscheidung als eine confirmatorische dar, und konnte daher auch in Betreff der Kosten, welche den Gegenstand der jetzigen zweiten Beschwerden bilden, zwar eine Compensation für die gegenwärtige wie vorige Instanz den Appellanten nicht versagt werden, solche jedoch nicht weiter als für ein Drittel angemessen und gerechtfertigt erscheinen.

Auszug aus den Seite 277 angezogenen Entscheidungen
in Sachen:

Reuleaux ca. Klees & Hauser. 1840.

Wenn nun dagegen das Bedenken erhoben worden ist, daß diese Ausstellungen zu spät, nämlich erst in den gegenwärtigen Prozeßacten vorgebracht worden seien, während die Beklagten vielmehr verpflichtet gewesen wären, die Kläger schon außergerichtlich, sobald sie diese Mängel entdeckten, davon in Kenntniß zu setzen, und daß sie namentlich den Gebrauch derselben ohne eine solche Anzeige nicht hätten fortsetzen dürfen; so lassen sich damit doch die Ausstellungen der Beklagten noch nicht ohne Weiteres beseitigen. Denn durch die sechsmonatliche Garantiezeit war Letzteren ausdrücklich das Recht eingeräumt worden, die Maschine nicht bloß vorübergehend zu probiren, sondern ordentlich zu gebrauchen, um sich von der Tüchtigkeit derselben zu überzeugen, und nur soviel bleibt hierbei noch richtig, daß es der bona fides und der den Beklagten obliegenden diligentia zuwider gewesen sein würde, wenn sie nach Entdeckung solcher Mängel den Gebrauch eigenmächtig fortgesetzt hätten, ohne den Klägern alsbald auf geeignetem Weg eine Anzeige von denselben zu machen. Denn daß gerade bei einer mangelhaften construirten Maschine ihr fortgesetzter Gebrauch den Schaden vergrößern und die Abhülfe bedeutend erschweren werde, das ist wenigstens in der Regel mit der größten Wahrscheinlichkeit vorauszusehen. Da indessen die Beklagten in ihrer Duplik ganz bestimmt behauptet haben, daß

sie wirklich schon seit dem April 1837 bei dem Geschäftsführer der Kläger unablässig reclamirt und dadurch fruchtlose Aenderungsversuche veranlaßt haben, — — — so kann auch jene Replik der Verspätung nicht ohne Weiteres für begründet angenommen werden, vielmehr wird Alles darauf ankommen, ob die Beklagten im Stande sein werden, nicht bloß ihre Einrede der Mangelhaftigkeit, sondern zugleich auch ihre Duplik der rechtzeitig erfolgten Reclamationen in ihrem nöthigen Umfange vollständig zu beweisen. — — Ebenso versteht es sich auch von selbst, daß die Duplik der rechtzeitig erfolgten Reclamation nur dann für erwiesen angenommen werden konnte, wenn die Beklagten den Beweis lieferten, daß ihre Ausstellungen den Geschäftsführern der Kläger zu dem Zwecke, um deren Principale davon zu benachrichtigen, vorgetragen worden seien.

In diesem genauer bestimmten Umfange kann aber die Nachlassung jener Beweise für die Beklagten keinen weitern Anstand erleiden, da bei zeitig und gehörig gemachter Anzeige der einstweilen fortgesetzte Gebrauch der mangelhaften Stücke denselben nicht als ein Verzicht auf ihre Reclamationen imputirt werden könnte, weßhalb denn in diesem Punkt eine Abänderung der vorigen Erkenntnisse nöthig geworden ist.

131.

Conrad Ranke, Kläger gegen **Georg Ernst Gottfried Lüdeking** zu Hannover, Beklagten, wegen Forderung.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 18. April 1855.

In Erwägung, daß

1) abgesehen von der Frage, ob die Einwendungen des Beklagten gegen die Brauchbarkeit der fraglichen Maschine genügend substantiirt seien, Beanstandungen der Beschaffenheit der bereits im April 1853 gelieferten Maschine dermalen nicht mehr zugelassen werden können, weil Beklagter zu behaupten nicht vermocht hat, daß er die Maschine alsbald nach deren Ankunft probirt und demnächst zur Disposition des Klägers gestellt habe,

2) die Beanstandung der Preisansätze nur hinsichtlich des Postens Nr. 7 für genügend zu erachten ist, — daher

3) unter Reducirung des Preisansatzes in pos. 7 auf $\frac{1}{3}$ — die klägerische Forderung dermalen schon mit fl. 585. 30 kr. für liquid erachtet werden muß.

I. Ist Beklagter schuldig, den Betrag von fl. 585. 30 kr. nebst Zinsen zu 5 pCt. vom 8. Januar 1855 ab binnen 14 Tagen an den Kläger zu bezahlen.

II. Hat binnen 14 Tagen der Kläger salv. repr. zu beweisen:

daß der Preisansatz von fl. 268. 30 kr. (oder wieviel weniger bis zu fl. 89. 30 kr.) der in pos. 7 der Rechnung verzeichneten Arbeit angemessen sei.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 17. August 1855.

Auf beiderseitige Appellation.

In Erwägung, daß

1) die von dem Beklagten versuchte Dispositionsstellung der fraglichen Maschine nach seinem eigenen Vorbringen unter allen Umständen verspätet und unstatthaft ist,

2) den gegen die Brauchbarkeit der Maschine eventuell vorgebrachten Einwendungen die erforderliche thatsächliche Substantiirung und Specialisirung gänzlich mangelt, was auch

3) mit alleiniger Ausnahme des siebenten Postens, bezüglich der Einrede der Uebersetzung gilt, während

4) die erst in der Duplik vorgebrachte Einrede der angeblichen Vereinbarung über eine Abschätzung der Maschine als verspätet nicht beachtet werden kann,

und endlich

5) die in der gegenwärtigen Instanz als angebliche Nova beigebrachten Urkunden, abgesehen davon, daß sie als Nova im Sinne des Gesetzes nicht betrachtet werden können, in keiner Weise geeignet sind, den verspäteten, resp. gar nicht oder nicht rechtzeitig substantiirten Einreden des Beklagten aufzuhelfen,

wird das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 18. April l. J. mit dem Zusatze bestätigt, daß auch die gegen die Brauchbarkeit der fraglichen Maschine von dem Beklagten eventuell vorgeschützte Einrede zu verwerfen ist.

Von den Kosten der gegenwärtigen Instanz hat der Beklagte dem Kläger die Kosten der schriftlichen Vernehmlassung vom 7. Juli d. J. ganz und die übrigen zur Hälfte zu erstatten, die andere Hälfte dieser Kosten wird compensirt.

Urtheil des Ober=Appellationsgerichts

vom 5. September 1857.

Auf Appellation des Beklagten.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, die Erkenntnisse des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 13. August und des Stadtgerichts vom 18. April 1855 zwar im Uebrigen zu bestätigen, soviel jedoch die in ersterem erkannte Verwerfung der gegen die Brauchbarkeit der vom Kläger gelieferten Maschine vorgeschützten Einrede und die in letzterem sub I. schon jetzt partiell erfolgte Verurtheilung Beklagtens betrifft, wieder aufzuheben seien, und neben dem im Stadtgerichts=Erkenntnisse sub II. dem Kläger auferlegten Beweise, Beklagter binnen einer vom Stadtgericht anzuberaumenden Frist,

daß Kläger ihm eine in Folge unrichtiger Constructionsweise unbrauchbare Druckmaschine geliefert,

zu beweisen habe, gegen diesen Beweis aber dem Kläger, außer dem direkten Gegenbeweis, auch der Beweis seiner Replik, vorbehältlich des Gegenbeweises des Beklagten, und zwar dahin freigelassen bleibe,

daß und welchergestalt ihm die Anfertigung der fraglichen Maschine nach der im Besitze des Frankfurtischen Häfnermeisters Benkard befindlichen Maschine vom Beklagten aufgetragen worden sei, und daß diesem Modelle die von ihm gelieferte Maschine entspreche, resp. daß deren Abweichung von solchem, soviel die Schraube ohne Ende betrifft, ausdrücklich vom Beklagten genehmigt sei;

und wird nunmehr, unter Vergleichung der Kosten jetziger Instanz, die Sache zum weitern Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Der Beurtheilung, welche die vorliegende Rechtssache in den vorderen Instanzen gefunden hat, war

I. insoweit nicht beizutreten, als darin der vom Beklagten erhobene Einwand, es sei die ihm vom Kläger gelieferte Maschine für ihren Zweck unbrauchbar, und er daher berechtigt, dieselbe zu dessen Disposition zu stellen, jeder Beachtung unwerth gehalten, und als demzufolge Beklagter alsbald wenigstens in einen Theil der eingeklagten Rechnung verurtheilt worden ist und zwar den hierauf bezüglichen, durchaus connexen, auch vom Beklagten justificando combinirten Grav. I. und IV. dahin Folge zu geben, daß über den Einwand der Unbrauchbarkeit annoch ein Beweisverfahren eröffnet werde.

Wenn nämlich

A. die vorderen Gerichte übereinstimmend davon ausgegangen sind, daß Beklagter gehalten gewesen wäre, die ihm von Frankfurt zugesandte Maschine alsbald nach deren Ankunft zu untersuchen, und wenn sie hierbei oder bei den angestellten Proben sich als unbrauchbar oder fehlerhaft erwiesen hätte, dieselbe sofort zur Disposition des Klägers zu stellen, so ist freilich

1) diese Dispositionsstellung, weil die Maschine bereits im April des Jahres 1853, die eingeklagte Rechnung schon unterm 12. Januar 1854 dem Beklagten zuging, ungewöhnlich spät erfolgt. Denn es kann, da die in duplicis vorkommende Behauptung des Beklagten nicht erst jetzt nach 1½ Jahren, sondern längst schon, schriftlich und mündlich, persönlich und durch Dritte, von der Unbrauchbarkeit der Maschine dem Kläger Anzeige gemacht zu haben, überhaupt der erforderlichen Substantiirung gänzlich entbehrt, insbesondere aber, ob auch Rücknahme derselben verlangt worden sei, ganz ungewiß läßt, nur die am 6. Februar 1855 erfolgte Einreichung der Exceptionsschrift als der Zeitpunkt angesehen werden, wo die Dispositionsstellung erfolgte. Allein es darf

2) der Satz, daß Untersuchung einer auf Bestellung übersendeten Waare und Erklärung über deren Annahme alsbald nach Empfang zu erfolgen habe, wie dieß das Ober-Appellationsgericht erst kürzlich in dem in

Frankfurter Sachen Gebr. Heim ca. Borgnis & Consf. *) unterm 18. Juli 1857 ergangenen Erkenntniß ausgesprochen und näher begründet hat, über das Gebiet des eigentlichen kaufmännischen und Waarenverkehrs hinaus überhaupt nicht, und am wenigsten auf den Fall ausgedehnt werden, wo es sich um die Erprobung und Brauchbarkeit, resp. Güte einer zu speciellen Zwecken und nach bestimmter Angabe bestellten Maschine handelt. Hier ist vielmehr die Befugniß zu Vorschützung der **exceptio non rite adimpleti contractus**, welche allein und nicht eine Redhibition im engern Sinne des Wortes vorliegend in Frage steht, an sich überhaupt nicht an bestimmte Frist gebunden und das Recht des Bestellers unzweifelhaft, zu Vergewisserung über die Tüchtigkeit des opus conductum und Behufs der von ihm erwarteten Approbation desselben wiederholt sowohl Untersuchungen, als größere Probeversuche eintreten zu lassen. Nur erst

3) die wirkliche Approbation, sei es, daß sie ausdrücklich ausgesprochen wäre, oder aus den concreten Umständen sich klar ergäbe, bringt den in solcher operis conductio liegenden Kauf zur vollen Perfection, und kann namentlich die Befugniß, auf Rücknahme der gelieferten Arbeit zu bestehen, als wodurch bei deren gänzlicher Unbrauchbarkeit dem Besteller der ihm gebührende Ersatz des vollen Interesses in der Regel allein wird zu Theil werden können, demselben nur unter Voraussetzung und erst von dem Zeitpunkte solcher Approbation ab versagt werden. Nun aber ist, daß letztere erfolgt oder deßfallsige definitive Erklärung binnen bestimmter Frist verlangt sei, weder vom Kläger behauptet, noch steht nach Inhalt der Acten eine solche Approbation als stillschweigend geschehen anzunehmen, indem, daß Beklagter die gelieferte Maschine für sein Geschäft in Gebrauch genommen und behalten habe, gar nicht vorgebracht ist; und als unerheblich, mithin zur Beweisnachlassung ungeeignet zu erachten wäre, sollte er wirklich, wie Kläger übrigens erst in zweiter Instanz, und sonach zu spät behauptet hat, diejenigen Röhren für befriedigend erklärt haben, welche Kläger mit der Maschine noch vor deren Absendung gepreßt und dem Beklagten bei dessen späterer

*) Siehe diese Sammlung Band III. Seite 272.

Anwesenheit in Frankfurt vorgelegt haben will. Es kann daher für den Fall, wenn eine wirkliche Unbrauchbarkeit der gelieferten Maschine und damit das constatirt zu werden vermöchte, daß Beklagter ex justa causa dieselbe zur Disposition gestellt habe, demselben auch jetzt noch das Recht, deren Abnahme und Bezahlung zu weigern, nicht versagt und der deßfallsige Einwand für verspätet und deßhalb verloren nicht erklärt werden.

Ebenso wenig steht

B. diesem Einwande, wie das Stadtgerichts-Erkenntniß dahingestellt gelassen, die Sent. a qua dagegen angenommen und als weitern Grund der Verwerfung geltend gemacht hat, der Mangel der erforderlichen thatsächlichen Substantiirung und Specialisirung entgegen.

Denn um eine Fehlerhaftigkeit der Maschine im Einzelnen, wo eine specielle und genaue Angabe der angeblichen Mängel allerdings nöthig und bei der in das kleinste Detail der Arbeit eingehenden Beschreibung der Maschine, welche die der Klage zu Grunde gelegte Rechnung liefert, selbst ohne Zuziehung von Sachverständigen für den Beklagten als Fabrikanten und wegen der von ihm mit der Maschine angestellten Probe möglich gewesen wäre, handelt es sich vorliegend nicht; Beklagter hat vielmehr die Annahme nur wegen totaler Unbrauchbarkeit der Maschine geweigert, und ist dabei einerseits von ihm ausdrücklich und bestimmt der Grund dahin angegeben, daß die Maschine auf unrichtigem Constructions-Principe basirt sei, andererseits nicht zu übersehen, daß über Grund oder Ungrund dieser Ausstellung dem Richter wegen mangelnder Sachkenntniß ein selbstständiges Urtheil nicht zustehen würde, vielmehr Augenscheins-Einnahme und Gutachten von Sachverständigen für deren Instruction noch im Einzelnen über die specielle Beschaffenheit der fraglichen Maschine das etwa Erforderliche und Dienliche vorgebracht werden könnte, immer doch einzutreten hätte. Unter solchen Umständen würde, selbst wenn in dem duplikarischen weiteren Vorbringen eine Verbesserung und Vervollständigung nicht zu finden sein sollte, die excipiendo erfolgte generelle Erklärung, daß wegen unrichtiger Construction die ganze Maschine unbrauchbar und zu Erfüllung ihres Zwecks untauglich sei, um so gewisser für aus-

reichend sich erachten lassen, als es hier doch nur darauf ankam, dem Gegner wie dem Richter die Natur des Fehlers, um dessen Willen die Annahme geweigert werde, hinreichend kenntlich zu machen, dieß aber bei obiger Aeußerung zutrifft.

In Folge dieser im Vorstehenden dargelegten abweichenden Beurtheilung, welche die vom Stadtgerichte nur implicite durch Condemnation des Beklagten in den liquiden Theil der eingeklagten Rechnung, durch die Sent. a qua auch noch explicite mittelst Zusatzes verworfene Einrede der Unbrauchbarkeit finden mußte, konnte, soviel

C. die den Decisis der vorderen Instanzen jetzt zu substituirende Entscheidung betrifft,

1) darüber kein Zweifel obwalten, daß für jetzt die bereits erfolgte partielle Verurtheilung Beklagtens wieder aufzuheben sei, und daß der dem Beklagten sub I. des Stadtgerichts-Erkenntnisses auferlegte, von ihm selbst so wenig als vom Beklagten angefochtene Beweis über Angemessenheit des von ihm verlangten Preises für die sub posit. 7 der Rechnung verzeichnete Arbeit nur noch eventuell von Bedeutung ist, indem, wenn wegen Unbrauchbarkeit der Maschine Kläger solche zurückzunehmen gehalten ist, etwaige Unrichtigkeit oder Unangemessenheit der deßfallsigen Preisansätze nicht weiter in Betracht kommt. Es war daher

2) vor Allem diese Einrede zum Beweise zu verstellen, nach dessen Führung, resp. Nichtführung erst eine Entscheidung über des Beklagten Zahlungspflicht wird ergehen können. Anlangend aber die deßfallsige Beweisauflage, so konnte, daß

a) die Beweislast den Beklagten treffe, nach der in diesseitigen Präjudicaten mehrfach, z. B.

Frankf. Sachen Lebling ca. Gerothwohl v. J. 1832.
" " Amschel ca. Herzfeld v. J. 1850.
" " Discher ca. Hauser v. J. 1851.*)

näher entwickelten, auch in die Frankfurter Praxis übergegangenen,

vergl. Bender, Handb. des Proz., S. 99 in fine,

richtigern Ansicht kein Bedenken obwalten. Denn es handelt sich

---

*) Siehe unten Seite 303.

bei obigem Einwande weder um die Nichterfüllung eines dicti et promissi, noch um den Mangel einer indirekt speciell bedungenen Eigenschaft, sondern nur um das angebliche Vorhandensein solcher Mängel und Fehler, für welche der Verkäufer einzustehen schon gesetzlich verbunden ist; in Fällen dieser Art aber stellt sich die exceptio non rite adimpleti contractus als eine wirkliche Einrede des Beklagten dar, und ist mithin auch von ihm der erforderliche Beweis zu erbringen.

b) Der Beweissatz war in Anschluß an das exceptivische Vorbringen nicht bloß darauf, daß die Maschine sich unbrauchbar erwiesen habe, sondern auch auf den vom Beklagten dafür angegebenen Grund unrichtiger Constructionsweise zu stellen, zugleich hierauf zu beschränken, weil in erster Instanz keine sonstige Fehlerhaftigkeit gerügt worden ist. Dabei versteht es sich nun von selbst, daß vorliegend, wo eine Verpflichtung des Klägers zur Aufstellung der Maschine in Hannover nicht behauptet ist, schon für die Zeit ihrer Vollendung und nach Hannover erfolgter Absendung das Vorhandensein derjenigen Einrichtungen nachzuweisen sein wird, in welchen die Constructionswidrigkeit und der Grund der Unbrauchbarkeit nach Ausspruch der Sachverständigen zu finden wäre. Denn die Approbabilität des opus conductum vorausgesetzt, geht, wie das Ober-Appellationsgericht gleichfalls in der oben sub A. 2 angeführten Frankfurter Sache *) des Näheren aufgeführt hat, die Gefahr schon mit dem Augenblick auf den Besteller über, wo der Verfertiger und Uebernehmer Alles geleistet hat, was ihm an sich oder nach der besondern Abrede zu beschaffen oblag, ohne daß es darauf ankommt, ob die Approbation selbst bereits erfolgt ist. Da aber in Bezug auf Zeit wie Art der Ablieferung und Erprobung der Maschine der eigentliche Sachverhalt zur Zeit noch zu wenig klar vorliegt, überdieß der angebliche und mit zum Beweise verstellte Grund der Unbrauchbarkeit schon an sich auf die Zeit vor der für den Uebergang der Gefahr entscheidenden Vollendung und Absendung des Werkes hinweist, so hat es am angemessensten erscheinen müssen,

---

*) Siehe diese Sammlung Band III. Seite 285.

in solchem Maaße, als geschehen, dem Beklagten den deßfallsigen Beweis nachzulassen.

Gegen diese beklagtische Beweisführung war aber

c) dem Kläger, außer dem direkten Gegenbeweis, auch noch ein besonderer Beweis nachzulassen. Zwar nicht über das Vorbringen, daß er seinerseits vor Absendung der Maschine mit günstigem Erfolge Proben mit derselben angestellt habe; denn theils hat dieß nur der unbeachtet zu lassenden Vermuthung, es müsse bei der Aufstellung der Maschine etwas versehen sein, zur Unterstützung dienen sollen, theils würde daraus nur etwa folgerungsweise herzuleiten stehen, daß die Maschine nicht auf unrichtiger Construction beruhen und unbrauchbar sein könne, mithin diese Thatsache, wenn wahr, immer bloß ein Moment für den direkten Gegenbeweis bilden, durch dessen allgemeine Nachlassung auch dem Kläger hinlänglich das Recht gewahrt ist, alle dafür als Prämissen dienlich scheinenden Facta in den Kreis seiner Beweis-Antretung zu ziehen. Dahingegen bildet die Angabe des Klägers, es sei ihm nach dem Modelle der im Besitze des Frankfurter Häfnermeisters Benkard befindlichen Maschine die Anfertigung der vom Beklagten bestellten aufgetragen gewesen, eine wirkliche und dabei sehr erhebliche Replik. Denn für einen Handwerksmeister, im Gegensatze von Maschinen-Fabrikanten und eigentlichen Mechanikern, kann es jedenfalls kein Bedenken haben, daß er bei Bestellung nach Modell oder Probe nur für die Tüchtigkeit der in sein Fach fallenden Arbeit und für Uebereinstimmung des gelieferten Werkes mit dem Modell, nicht aber für Constructions-Mängel und sonst fehlerhafte Einrichtung einzustehen habe. Es war daher dieses replikarische Vorbringen zum Beweis zu verstellen, und konnte es auch, damit dem deßfallsigen Beweisverfahren eine bestimmte Richtung und Begrenzung gesichert bleibe, kein Bedenken haben, für die Feststellung des Beweissatzes dasjenige mitzubenutzen, was von dem Kläger in den oberen Instanzen über die bei der Bestellung beliebte Hinweisung auf die zum Modell bestimmte Benkard'sche Maschine noch vorgebracht ist, und als Erläuterung seines an sich schon genügenden, wenn auch allgemeiner gefaßten deßfallsigen Vorbringens erster Instanz betrachtet werden durfte.

Außer über Verwerfung der Einrede der Unbrauchbarkeit hat sich

II. Beklagter in dem Grav. II. und III. auch noch darüber beschwert, daß seine Einrede der Preisübersetzung verworfen, richtiger, daß sie nur in beschränktem Maaße, nämlich bloß bezüglich des Postens sub 7 der Rechnung berücksichtigt worden sei, und daß ihm nicht mindestens der Beweis seiner Duplik vorbehalten sei, Kläger habe übereinkunftsmäßig seine Rechnung dem Ausspruch einer Exceptise unterworfen gehabt.

In Betreff dieser Einrede, welche gegenwärtig freilich nur noch eventuell für den Fall in Betracht käme, aber dann auch von besonderer Erheblichkeit wäre, daß Beklagter die Unbrauchbarkeit der Maschine nicht zu dociren vermöchte, oder daß Kläger wenigstens den ihm nachgelassenen Replikenbeweis erbrächte, war indessen den früheren Urtheilsverfassern unbedenklich beizupflichten.

Denn

1) je specieller die Rechnung des Klägers alle von ihm gelieferten Arbeiten nach Größe, Gewicht u. s. w. bezeichnet und die deßfallsigen Preis-Ansätze justificirt hat, um so eher hätte auch Beklagter zu den einzelnen Rechnungsposten specielle Monituren, mindestens durch nähere Angabe darüber, in welcher Richtung eine Preisübersetzung vorhanden scheine, oder wie ad posit. 7 geschehen war, über den ungefähren Betrag, um welchen eine solche vorliege, vorbringen können und sollen. Daß er die später hierüber beigebrachte, vom 6. Mai 1855 datirte schriftliche Erklärung der von ihm zugezogenen Sachverständigen damals noch nicht in Händen gehabt hat, kann ihm theils schon um deßhalb, weil er bereits in except. sich auf den Ausspruch zugezogener Sachverständigen berufen hat, also schon damals sich, wenn nöthig, zu genauerer Erklärung über die klägerischen Preisansätze in den Stand setzen konnte, sodann aber vor Allem aus dem doppelten Grunde nicht zu Gute kommen, weil gerade jene Erklärung, die selbst nur ein speciell gar nicht weiter motivirtes Tarat enthält, in keiner Weise dem beklagtischen Vorgeben zur Unterstützung dient, es hätte zu näherer Erklärung über Art und Belauf der Preisübersetzung besonderer Sachkenntniß bedurft, und weil unter solcher Voraussetzung es jedenfalls dem Beklagten freigestanden und obgelegen haben würde, durch Fristgesuche sich die vorgängige Besprechung mit Sachverständigen zu ermög-

lichen. Mit vollem Rechte haben daher die vorderen Instanzen diese Einrede für im Allgemeinen ungenügend substantiirt und specialisirt erklärt, und würde, wenn nicht in solchem Betrachte die Rechtskraft dem Beklagten zur Seite und Klägern entgegenstände, selbst in Frage kommen können, ob von solcher Verwerfung für den Rechnungsposten sub 7 eine Ausnahme zu machen, ausreichender Grund vorgelegen habe.

Vollends ungegründet ist

2) die Beschwerde wegen Nichtbeachtung des oberwähnten duplikarischen Vorbringens. Denn abgesehen davon, daß es nur ganz nebenher erfolgt ist und aller Substantiirung entbehrt, ist auch darin eine wahre Duplik überall nicht, sondern nur eine anderweite Einrede gegen die klägerischen Preisansätze zu finden, und da diese nach Allem, was über die deßfallsigen Verhandlungen in den Acten vorliegt, bereits excipiendo hätte vorgeschützt werden können, solches aber nicht geschehen ist, so muß sie als verloren angesehen werden und ganz unberücksichtigt bleiben.

III. Das Grav. V., zu welchem sich Beklagter noch in Betreff der Kosten voriger Instanz um deßhalb veranlaßt gefunden hat, weil ihm die Sent. a qua die Kosten der über seine Nova erforderten klägerischen Vernehmlassung ganz und die Hälfte der übrigen Kosten zur Last gebracht habe, stellt sich im Hinblicke darauf, daß die schriftlichen Verhandlungen voriger Instanz und die deßfallsigen Kosten eben nur durch jene Nova veranlaßt wurden, diese aber so unerheblich als unzulässig waren, und daß die bloß theilweise Compensation der sonstigen Kosten vom Standpunkte der Sent. a qua aus, welche alle Beschwerden des Beklagten verwarf und der klägerischen Appellation Folge gab, umgekehrt vom Kläger für gravirlich hätte erklärt werden können, als durchaus frivol und keiner weitern Widerlegung werth dar, und sei nur noch bemerkt, daß bewandten Umständen nach auch in der jetzt erfolgenden Abänderung der Sent. a qua kein Grund zur Erstreckung der Compensation auf alle unabhängig von jenen schriftlichen Verhandlungen in voriger Instanz erwachsenen Kosten zu befinden war, während dieselbe allerdings, weil doch durch Zulassung des Beklagten zum Beweise seiner Einrede der Unbrauchbarkeit in einem erheblichen Punkte, wenn schon nur theilweise zu Beklagtens Gunsten erkannt ist, für die jetzige Instanz eine Compensation aller Kosten angemessen erscheinen ließ.

Auszug aus den Seite 298 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

1. Lebling ca. Gerothwohl. 1832.

Derjenige, welcher die ihm verkaufte und überlieferte Sache nicht behalten und nicht bezahlen will, weil er behauptet, daß sie Fehler habe, wofür der Liefernde haften müsse, kann nicht so angesehen werden, als läugne er den Klagegrund, sondern er schützt eine wahre Einrede vor, die er auf eine Thatsache stützt, folglich fällt ihm die Beweislast zu.

Herwart, über die except. non adimpl. contr. Archiv f. d. civil. Praxis, 7. Bd. S. 335 flg. in sp. S. 357 flg.

2. Herzfeld ca. Amschel. 1850.

Der Beklagte hat gerügt: — —

die Waare sei auch außerdem unrein, stüppig, von ungleicher Mischung, und von so schlechter Qualität, wie gutes Kaufmannsgut überhaupt nicht sein dürfe.

— — — — — — — — — — — — —

Da das Fundament dieses Einwandes nicht wie bei dem sub 1 in einem unerfüllt gebliebenen dictum et promissum, sondern in einem vitium rei liegt, so mußte hier

l. 4. D. de probationibus (22. 3),

Thöl, Handelsrecht I. § 85. Seite 281.

die Beweislast den Beklagten treffen.

3. Vischer ca. Hausser. 1851.

Bei der exceptio non und non rite adimpleti contractus trifft nach der richtigeren, von dem Ober=Appellationsgerichte stets in judicando befolgten Ansicht den Beklagten die Beweislast bloß in dem Falle, wo er eine solche Fehlerhaftigkeit des ihm gelieferten oder anerbotenen Objects behauptet, welche nicht in dem Mangel einer bestimmten speciellen und ausdrücklich versprochenen Eigenschaft besteht, wohingegen, wenn durch ein dictum promissum eine solche Eigenschaft ausdrücklich bedungen war und deren Vorhandensein vom Beklagten geläugnet wird, der Beweis von dem Kläger ebenso zu übernehmen ist, als da, wo derselbe nach Behauptung des Beklagten das zu liefernde Object überall nicht geliefert haben soll.

132.

Emanuel Buck zu Oberrad, Kläger und Widerbeklagter, gegen die Wittwe **Dorothea Weyland**, geb. Hahn, Beklagte und Widerklägerin, Forderung, jetzt Prozeßzinsen betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 10. December 1856.

Auf Antrag der Widerklägerin.

Dem Kläger und Widerbeklagten mitzutheilen und da die Widerklage mit auf Verzugszinsen gerichtet gewesen ist, auch hierauf von Richteramtswegen jeder Zeit erkannt werden kann, so wird dem Widerbeklagten aufgegeben, von der Summe von fl. 256. 48 kr. Verzugszinsen zu 5 pCt. seit dem 24. October 1853 als dem Tage der Insinuation der Widerklage zu bezahlen, beziehungsweise sich solche auf ihr Guthaben aufrechnen zu lassen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 16. Januar 1857.

Auf Appellation des Widerbeklagten.

In Erwägung, daß

1) die Widerklägerin Verzugszinsen bereits in ihrer Vernehmlassung und Widerklage gefordert hat, mithin die von dem Appellanten angeführten Gesetzesstellen, welche eine abgesonderte Nachforderung von Zinsen verbieten, auf den vorliegenden Fall nicht passen,

2) der Widerbeklagte seine Verbindlichkeit zur Bezahlung von Verzugszinsen in den Verhandlungen der ersten Instanz niemals bestritten hat,

3) bei der ersten Appellation in gegenwärtiger Sache zwar darüber, wann die Widerklagsumme zu bezahlen sei, nicht aber über

die Verzugszinsen gestritten wurde, daher nicht angenommen werden kann, daß der Widerklägerin die Verzugszinsen durch das appellationsgerichtliche Urtheil vom 3. März 1854 stillschweigend aberkannt worden seien,

wird die anher ergriffene Berufung zurückgewiesen und der Appellant verurtheilt, der Appellatin die Kosten dieser Instanz zu ersetzen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 12. September 1857.

Auf Appellation des Widerbeklagten.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch, in der Sache selbst, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 16. Januar 1857 und das durch selbiges bestätigte Erkenntniß des Stadtgerichts vom 10. December 1856, wie hiermit geschieht, aufzuheben und die Widerklägerin mit ihrem Antrag auf nachträgliche Zuerkennung von Prozeßzinsen für den Belauf der Widerklage abzuweisen sei.

Die durch den die vorgedachten Zinsen betreffenden Antrag in erster Instanz veranlaßten Kosten werden der Widerklägerin zur Last gebracht, diejenigen der vorigen und der gegenwärtigen Instanz compensirt.

Entscheidungsgründe.

Die Widerklägerin hat denjenigen Belauf, für welchen die jetzt in Rede stehenden Prozeßzinsen ihrerseits gefordert und ihr auch von den vorigen Richtern nachträglich zuerkannt worden sind, schon ursprünglich mit Bestimmtheit zum Gegenstand einer Widerklage gemacht, also ihn nicht etwa mittelst der Einrede der Compensation mit der klägerischerseits aufgestellten Forderung — der Vorklage — in Verbindung gebracht. Nun hat freilich das Stadtgericht durch

das Erkenntniß vom 19. December 1853 die Entscheidung über die Widerklage bis dahin ausgesetzt, wo auch die Vorklage zum definitiven Spruche reif vorliegen würde, allein hiergegen hat die Widerklägerin bei dem Appellationsgerichte Beschwerde geführt und eine sofortige Urtheilsfällung in Betreff der Widerklage beantragt. Das Appellationsgericht hat diesem Antrage durch das Erkenntniß vom 3. März 1854 entsprochen und den Widerbeklagten zur Zahlung des Reconventionsbelaufes von fl. 256. 48 kr. condemnirt. Dieses letztgedachte Erkenntniß ist somit wie nach der Actenlage, so auch nach der eigenen Auffassung der Widerklägerin, als eine wirkliche Definitivsentenz anzusehen, und überdieß von der Letzteren noch später in dieser Weise dadurch behandelt worden, daß sie auf Grund desselben Executionsmaaßregeln gegen den Widerbeklagten zur Ausführung gebracht hat.

Wenn nun das Appellationsgericht damals der Widerklägerin die derselben ohne Zweifel gebührenden Prozeßzinsen nicht zugesprochen hat, ohne daß dieses Punktes halber sofort ein Rechtsmittel von der Letzteren ergriffen worden wäre, so mußte dieser Gegenstand als völlig erledigt betrachtet werden, und war keine Berechtigung der Widerklägerin anzunehmen, nachträgliche Zusprechung der fraglichen Zinsen zu verlangen.

Hätten diese letzteren auf einer selbstständigen, zwischen den Partheien zum Bestande gelangten rechtlichen Grundlage beruht, so würden sie, insofern nicht etwa mit Sicherheit anzunehmen wäre, daß das Appellationsgericht bei Abgebung des vorgedachten Erkenntnisses dieselben implicite abgesprochen habe, nachträglich durch eine besondere Klage zu fordern gewesen sein, oder der Richter wäre nach

L. 94. Dig. de judiciis 5, 1.

L. 19. § 1. Dig. de receptis 4, 8.

anzugehen gewesen, das abgegebene Erkenntniß in Beziehung auf den übergegangenen Punkt zu vervollständigen.

Allein jene Voraussetzung findet nicht Statt. Eine besondere, unter den Partheien zu Stande gekommene Grundlage des Anspruchs auf die fraglichen Zinsen liegt überhaupt nicht vor, und wenn auch diese letzteren mit der im Prozesse verfolgten Hauptverbindlichkeit nicht eigentlich auf einer und derselben causa beruhen, — wie

dieß bei Zinsen im Verhältnisse zur Sors überhaupt nicht der Fall ist,

L. 121. Dig. de verb. signif. 50, 16.

so ist doch die ihnen zu Grunde liegende causa von der Art, daß sie nothwendiger Weise mit dem Ende des Prozesses ebenfalls ihre Wirksamkeit verlieren mußte. Diese causa besteht nämlich in dem Prozeßverzuge. Non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium infliguntur.

L. 17. § 3. D. de usuris 22, 1.

Da sie somit nur in der lis de sorte geltend gemacht werden können und mit zu dem officium des Richters innerhalb des Bereiches dieser lis gehören, so ist es ein Selbstverstand, daß, wenn der Richter, obschon ihm der Prozeßverzug vorlag, dennoch nicht auf die fraglichen Zinsen erkannt haben sollte, dieß nach erfolgter Definitivsentenz nicht nachgeholt werden kann. Denn das officium judicis hört mit der Abgebung des Endurtheils ohne Weiteres auf.

Mit der vorstehenden Auffassung stimmen die Aussprüche der Gesetze

L. 3. Cod. de fruct. 7, 51.
L. 4. Cod. depositi 4, 34.
L. 26. pr. Cod. de usuris 4, 32.
L. 129. § 1. L. 178. Dig. de reg. jur.

sowie auch frühere diesen Gegenstand betreffende Aussprüche des Ober-Appellationsgerichts überein.

Z. B. Frankf. Sachen Reinach ca. Deuerling vom 28. September 1847.*)

Nun hat freilich das Appellationsgericht zur Begründung der von ihm erkannten nachträglichen Verurtheilung des Widerbeklagten in die früher übergegangenen Prozeßzinsen verschiedene besondere Momente aus den Acten hervorgehoben, denselben konnte indessen dem Obigen gegenüber keine Bedeutung beigelegt werden. Denn

1) ob die Widerklägerin einen Antrag auf die Zuerkennung jener Zinsen gestellt hat, oder nicht, ist gleichgiltig. Ein selbstständiger Rechtsgrund für dieselben konnte durch jenen Antrag ebenso

---

*) Siehe Seite 308.

wenig herbeigeführt, wie das mit der Definitivsentenz zu Ende gehende officium judicis perpetuirt werden.

Nicht minder irrelevant ist

2) der Umstand, daß der Widerbeklagte dem auch auf Prozeßzinsen ausgedehnten Reconventional-Antrage keinen Widerspruch entgegengesetzt hat. Dieß ergibt sich aus dem Vorstehenden von selbst.

Endlich steht

3) auch der Umstand der obigen Argumentation nicht entgegen, daß vor dem Appellationsgerichte bei der im März 1854 vor demselben Statt gehabten Verhandlung nur über den Zeitpunkt, wann die Reconventionalsumme zu zahlen sei, nicht aber auch über die Prozeßzinsen gestritten worden ist. Denn die vorhin aufgestellten Gründe bleiben darum nicht minder durchgreifend. Und auch darauf, ob das Appellationsgericht beabsichtigt oder nicht beabsichtigt habe, die Zinsen abzusprechen, kommt es gar nicht an, da, um den Verlust jener Zinsen für die Widerklägerin zu verhindern, es nothwendig gewesen wäre, daß dieselben ihr wirklich zuerkannt worden seien.

Demzufolge mußte reformatorisch, wie im Erkenntnisse geschehen, gesprochen werden, wobei die in erster Instanz durch den in Rede stehenden Antrag der Widerklägerin erwachsenen Kosten ihr zur Last zu bringen, diejenigen der höheren Instanzen aber zu compensiren waren.

Auszug aus den Seite 307 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

Reinach ca. **Deuerling.** 1847.

Der Verlust der gesetzlichen Zinsen durch deren Uebergehung im Erkenntnisse beruht lediglich darauf, daß wegen solcher Zinsen keine selbstständige Klage stattfindet, sondern sie nur ex officio judicis zugesprochen werden, der Verlust also nur durch die Uebergehung im Endurtheil eintritt, womit das officium judicis aufhört.

133.

S. B. Dann junior, Kläger gegen **A. J. Rino**, Beklagten, wegen Zuvielzahlung von fl. 400.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.
vom 21. Mai 1856.

In Erwägung, daß

1) Kläger in der Klage behauptet, dem Beklagten statt der ihm für die verkaufte Obligation schuldig gewesenen fl. 512 die Summe von fl. 912 irrthümlich bezahlt zu haben, woraufhin der Mehrbetrag von fl. 400 als ein indebitum zurückgefordert worden ist, daß

2) es bei der condictio indebiti ebenso wenig auf die Entschuldbarkeit des Irrthums ankommt, als ein besonderer Beweis desselben erforderlich und vielmehr dieser Beweis in dem des indebitum mitenthalten ist,

Entscheidungsgr. zum Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 12. Nov. 1844 in Sachen Hümmer ca. Schott,

3) die von dem Kläger behauptete Zuvielzahlung aus der von dem Beklagten anerkannten Verkaufsnote,*) worin über den Empfang von fl. 912 quittirt ist, hervorgeht,

4) jedoch dem Beklagten der Beweis des Einwandes statt fl. 912 nur fl. 512 von dem Kläger erhalten und in der Berechnung des Kaufpreises allein einen Irrthum begangen zu haben, nach Absch. I. § 2 des Gesetzes vom 15. December 1829 in ersterer Beziehung nachzulassen ist, bei welchem Beweise Beklagter, soweit er damit auszureichen gedenkt, sich der gedachten Urkunde mitbedienen kann,

wird für Recht erkannt:

Beklagter ist schuldig, binnen 14 Tagen dem Kläger die Summe von fl. 400 nebst Verzugszinsen zu 5 pCt. vom

---

*) Dieselbe lautet: Frankfurt a. M., 4. Januar 1854.

Nota für Herrn S. B. Dann junior über beifolgende:

Lire 1500 5% Lomb. 1/7930 à 84⅞	fl. 909. 15 kr.
Zinsen vom 1. December, 33 Tage	„ 2. 45 „
Empfangen	fl. 912. — kr.

A. J. Rino.

Tage der Insinuation der Klage (5. Februar 1856) zu bezahlen, auch die Streitkosten zu ersetzen, er könnte denn binnen gleicher Frist rechtsgenügend darthun,

daß er von dem Kläger für die demselben verkaufte, in den Acten näher bezeichnete Obligation nur fl. 512 erhalten habe,

worauf sowohl in der Hauptsache, als wegen der Streitkosten anderweite rechtliche Verfügung erfolgen soll.

Auf die Beweisverhandlungen ergingen sodann folgende Erkenntnisse.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 3. December 1856.

In Erwägung, daß

1) was das von dem Beklagten bei seiner Beweisantretung zur Hand genommene Journal und Cassabuch desselben anbelangt, diese Handelsbücher nicht als Beweismittel benutzt werden können, da hier nicht ein Gegenstand, auf welchen die St. Ref. Th. 1. Tit. 31. § 12 sich bezieht, vielmehr der Betrag einer empfangenen Summe in Frage steht,

2) dagegen der Antrag des Beklagten auf Edition des Cassabuches des Klägers als einer rücksichtlich des betreffenden, am 4. Januar 1854 Statt gehabten Kaufgeschäfts gemeinschaftlichen und als solche von dem Kläger nicht bestrittenen Urkunde begründet erscheint und es hierbei einer besondern Bescheinigung über die Existenz dieses Handelsbuchs um so weniger bedarf, als solche wegen der Eigenschaft des Klägers als Handelsmann zu vermuthen ist,

3) Kläger die Führung und den Besitz des gedachten Buches zur Zeit des fraglichen Verkaufs in Abrede gestellt hat und somit den Editionseid zu leisten hat,

4) der eventuelle Antrag des Beklagten auf Edition eines andern Geschäftsbuches, worin Kläger zur erwähnten Zeit seine Ausgaben eingetragen habe, auch nicht zu verwerfen und bei dem Abläugnen des Klägers der Editionseid hierüber von demselben zu leisten ist, da es zwar an der speciellen Bezeichnung der zu edirenden Urkunde mangelt, jedoch ebenfalls die Vermuthung dafür streitet, daß Kläger außer dem von ihm sogenannten Effecten-Scontro irgend ein anderes Buch über seine Einnahmen und Ausgaben geführt und besessen habe, daß

5) das von dem Kläger in Bezug auf den Gegenbeweis geschehene Anerbieten zur Vorlage seines sogenannten Effecten-Scontro aus dem vorstehend unter 1 angegebenen Grunde nicht berücksichtigt werden kann, und daß

6) wegen des sonstigen Inhalts der Beweisantretung demnächst das Rechtliche zu verfügen ist,

wird für Recht erkannt:

Kläger hat — — — eidlich zu erhärten,

daß er am 4. Januar 1854 ein Cassabuch oder ein anderes, seine Ausgaben enthaltendes Buch weder besessen, noch ein solches absichtlich und um dessen Vorlage zu verhindern und dem Beklagten seine Rechtsvertheidigung zu erschweren, inzwischen aus Handen habe kommen lassen,

bei Vermeidung, daß dasjenige, was Beklagter mit dem gedachten Buche zu beweisen beabsichtigt, als bewiesen angenommen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 9. Februar 1857.

Auf beiderseitige Appellation.

In Erwägung, daß

I. die Berufung des Beklagten betreffend:

A. die erste Beschwerde desselben schon deßhalb unbegründet erscheint, weil er seiner Beweisantretung keine Auszüge aus seinen Büchern beigelegt hat,

B. die mittelst der zweiten Beschwerde beantragte Vervollständigung der Formel des Editionseides dagegen keinem Bedenken unterliegt.

II. Die Berufung des Klägers anbelangend, die bloß das Waarengeschäft oder die Haushaltung betreffenden Bücher allerdings nicht in Betracht kommen,

wird hiermit zu Recht erkannt:

Das stadtgerichtliche Urtheil vom 3. December 1856 wird zwar im Uebrigen bestätigt, jedoch wird die Formel des von dem Kläger zu schwörenden Editionseides abgeändert und bestimmt wie folgt:

daß er aus der Zeit des 4. Januars 1854 weder ein Cassabuch, noch (außer den sein Waarengeschäft oder

seine Haushaltung betreffenden Büchern) ein anderes, seine Einnahmen und Ausgaben enthaltendes Buch besitze,

daß er solche Bücher nicht absichtlich, um deren Vorlage zu verhindern und dem Beklagten seine Rechtsvertheidigung zu erschweren, aus Händen habe kommen lassen, und

daß er nicht wisse, wo sich die gedachten Bücher dermalen befinden.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden verglichen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 28. September 1857.

Erkannt:

Daß der Beklagte mit seinem Journal und Cassabuch als Beweismittel zuzulassen, und der von dem Kläger abzuleistende Editionseid dahin zu bestimmen sei:

daß er aus der Zeit des 4. Januar 1854 weder ein Cassabuch, noch (außer den ausschließlich sein Manufacturwaaren-Geschäft oder seine Haushaltung betreffenden Büchern) ein anderes, seine Ausgaben enthaltendes Buch besitze,

daß er solche Bücher nicht absichtlich, um deren Vorlage zu verhindern und dem Beklagten seine Rechtsvertheidigung zu erschweren, aus Handen habe kommen lassen, und

daß er nicht wisse, wo sich die gedachten Bücher dermalen befinden.

Dagegen behält es bei der Vergleichung der Kosten voriger Instanz sein Bewenden, die der gegenwärtigen werden ebenfalls verglichen, und nunmehr die Sache zum weitern Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Der Beklagte verlangt mittelst seiner ersten Beschwerde in voriger und jetziger Instanz, daß sein Journal und sein Cassabuch als zulässige Beweismittel anerkannt werden, und mit Recht. Denn

A. der Grund des Appellationsgerichts, dieselben seien ausgeschlossen, weil der Beklagte seiner Beweisantretung keine Auszüge aus seinen Büchern beigelegt habe, konnte in dem vorliegenden Fall als zutreffend nicht angesehen werden. Denn der betreffende, in der Praxis des gemeinen wie des Frankfurter Rechts übereinstimmend anerkannte, unter Einfluß des sächsischen Prozeßrechts aufgenommene Rechtssatz hat nicht die Bedeutung einer bei Strafe der Nichtigkeit zu beobachtenden Formvorschrift, sondern soll nur dazu dienen, dem Richter wie dem Gegner des Beweisführers eine klare Anschauung des für den Beweis zu benutzenden Documentes zu geben, und es bedarf einer Einhaltung jener Vorschrift nicht, sobald deren Zweck auf anderem Weg erreicht wird. Letzteres ist aber nicht bloß dann der Fall, wenn der Wortlaut der Urkunde vollständig in die Beweisantretungsschrift aufgenommen ist, sondern schon dann, wenn der erhebliche Inhalt der Urkunde aus solcher in allen Punkten ausreichend hervorgeht. Daß aber diesem letztern Erforderniß im vorliegenden Fall entsprochen sei, ergibt eine Vergleichung von [12] S. 5 z. E. 6. Nr. 1 und 2 der Stadtgerichts-Acten mit [5] der Ober-Appellationsgerichts-Acten, wie denn auch von Seiten des Klägers gegen die versuchte Beweisantretung kein formeller Anstand in erster Instanz erhoben worden ist. Ebenso wenig konnte

B. dem Grunde des Stadtgerichtes beigepflichtet werden, daß nach Ref. 1. 31. § 12 Cassabuch und Journal in einem Falle, wo es sich um die Tilgung einer Verbindlichkeit handle, untüchtige Beweismittel seien. Da es nämlich vom Standpunkte des gemeinen Rechtes nicht zu bezweifeln ist, daß, die Fähigkeit und die gehörige Führung der Handelsbücher vorausgesetzt, dieselben für den Abschluß des Geschäfts wie die Größe der Schuld auf der einen, so auch dieselben für die Tilgung der Verbindlichkeit auf der andern Seite beweistüchtig sind, so konnte in dem Umstande, daß die Reformation a. a. O. ihren Worten nach den letzten Fall nicht berührt, ein Grund ihn auszuschließen um so weniger gefunden werden, als ein anderer Grund nicht vorhanden ist, die gedachten Bücher, welche den Zweck haben, ein vollständiges Bild des gesammten Geschäftsverkehrs der betreffenden Person zu geben, nur nach einer Seite hin für beweistüchtig zu halten, und überdieß das Ober-Appellationsgericht sich gegen die wörtliche Erklärung der Reformation theils dadurch

ausgesprochen hat, daß es die Bücher der Banquiers als beweiskräftig anerkannte, theils in einem Falle nachzuweisender Zahlung sich schon früher ohne Anstand für deren Beweistüchtigkeit ausgesprochen hat,

F. Kellermann ca. Wolz, Febr. 1845.

während sämmtliche literarische Auctoritäten der freien Stadt Frankfurt über die Beantwortung der vorliegenden Frage schweigen.

Zwar ließe sich ein Bedenken wider die Beweistüchtigkeit aus dem Umstand entnehmen, daß von Vielen dieselbe nur subsidiär anerkannt wird, nämlich dann, wenn es an einer förmlichen Beweisurkunde über Anfang oder Ende eines Geschäfts, an einem Vertrags-Document oder einer Quittung fehlt.

Vergl. F. Löb Frank ca. Goll & Söhne, Juli 1842. *)

Allein in dem vorliegenden Fall und namentlich in der gegenwärtigen Lage des Rechtsstreites konnte jenes Bedenken zu einer Verwerfung der vorgeschlagenen Beweismittel um deßwillen nicht führen, weil die Quittung, wenn auch nicht als documentum indiscretum anzusehen, doch jedenfalls nicht frei von Widersprüchen ist, da weder die ausgeworfene Summe von fl. 909. 15 kr. dem gleichfalls angegebenen Cours für 1500 Lire entspricht, noch die drei und dreißigtägigen Zinsen von fl. 909. 15 kr. den Betrag von fl. 2. 45 kr. ergeben. Auch ist eine Berücksichtigung der innern Beweistüchtigkeit gedachter Quittung noch keineswegs rechtskräftig dadurch beseitigt, daß auf deren Grund eine Zahlung von fl. 909. 15 kr. angenommen und dem Beklagten der Beweis der Zahlung einer geringern Summe als Einredebeweis nachgelassen worden ist. Denn auch bei dieser Form der Beweisnachlassung hat doch immer anerkannt werden sollen, daß der Beklagte die volle Freiheit genießen müsse, jedes Moment geltend zu machen, um die Richtigkeit der Quittung gänzlich oder theilweise zu widerlegen: die Anerkennung gedachter Quittung war daher nur eine bedingte, keine absolute.

Vergl. Stadtgerichts-Urtheil v. 21. Mai 1856 rat. 4.

Mittelst der zweiten Beschwerde in gegenwärtiger Instanz wird die in der vorigen erkannte Abänderung in der Fassung des Editionseides angefochten: und zwar nicht die Abänderung im Eingang und

---

*) Siehe Seite 315.

der Zusatz am Schlusse der Eidesnorm, sondern nur die Worte „außer den sein Waarengeschäft und seinen Haushalt betreffenden Büchern," welche vor dem Wort „ein anderes," sowie die Worte „Einnahmen und," welche vor dem Wort „Ausgaben" eingeschaltet worden sind. Mit Unrecht macht der Beklagte dagegen geltend, die gedachten Abänderungen seien erfolgt auf Grund von nach § 61 des Gesetzes vom 7. November 1848 unzulässigen Nova. Denn die Angaben des Klägers in voriger Instanz, er besitze noch drei, sein Waarengeschäft betreffende Bücher und ein von seiner Frau geführtes Haushaltungsbuch, sind nur ein die in erster Instanz abgegebenen Erklärungen vervollständigendes Geständniß, und es fragt sich daher, ob auf dessen Grund der Kläger gehalten sei, diese Bücher zu ediren oder eidlich zu erhärten, daß ihr Inhalt sich nur auf Waarengeschäft und Haushaltung beziehe. Da der Kläger nur offenbar in dem letzten Falle zu deren Edition nicht verpflichtet ist, so mußte es angemessen erscheinen, den von dem Appellationsgericht eingeschalteten ersten Zusatz beizubehalten, jedoch durch Einführung des Wortes „ausschließlich" zu schärfen, auch das Waarengeschäft als Manufacturwaarengeschäft in Gemäßheit der Fassung der beklagtischen Beschwerde näher zu charakterisiren, nicht minder den zweiten Zusatz „Einnahme und" als unnöthig in Wegfall zu bringen, und bedurfte es bei dieser Fassung des Eides des für den zweiten und dritten Absatz der betreffenden Norm beantragten Zusatzes „oder eines dieser Bücher" nicht.

Dem Vorstehenden zufolge war es, der dritten Beschwerde des Beklagten ungeachtet, bei der erkannten Vergleichung der Kosten voriger Instanz zu belassen, und das Gleiche in Betreff der Kosten jetziger Instanz zu erkennen.

Auszug aus den Seite 314 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

1. Frank ca. Goll. 1842.

Was nun das rechtliche Gewicht dieser Beweismittel anbetrifft, so ist freilich

1) auf den versuchten Urkundenbeweis nichts Erhebliches zu geben, denn wenn gleich, wie das Ober-Appellationsgericht schon

wiederholt ausgesprochen hat, es auch nach Frankfurtischem Rechte durchaus keinen Anstand erleidet, die den Handelsbüchern überhaupt zukommende Beweiskraft auch den Büchern der Banquiers wenigstens dann beizulegen, wenn über das in Frage stehende Geschäft keine besondere Urkunden errichtet worden sind, so kommt doch in dem vorliegenden Fall — auch abgesehen von dem prozessualischen Bedenken, daß die Beklagten das Cassabuch selbst überall nicht producirt haben, die beiden Auszüge aus demselben aber nicht einmal ganz mit einander übereinstimmen — gegen die Berufung auf das Cassabuch der sehr erhebliche Umstand in Betracht, daß demselben die eigene Quittung der Beklagten gegenübersteht, und es sich hier von einem Beweise gegen diese Quittung handelt. Der Grund der Beweiskraft der Handelsbücher gegen Dritte beruht nämlich größtentheils mit auf dem Vertrauen, welches dieser Dritte dem Kaufmanne dadurch geschenkt hat, daß er keine besondere Urkunde über das in Frage stehende Geschäft verlangt, sondern sich darauf verlassen hat, daß der Kaufmann dasselbe schon gehörig in sein Buch eintragen werde. Diese Beweiskraft kann mithin den Büchern nicht in dem sonst gewöhnlichen Grade da beigelegt werden, wo Jemand dadurch, daß er sich über das vorgekommene Geschäft eine eigene Urkunde ertheilen läßt, im Gegentheile zu erkennen gibt, daß er dem Kaufmann jenes Vertrauen nicht schenke. Das ist aber hier der Fall, wo der Sohn des Klägers es nicht darauf hat ankommen lassen, was die Beklagten in ihre Bücher eintragen würden, sondern wo er sich vielmehr eine Quittung über die von ihm geleistete Zahlung hat geben lassen. Dazu kommt überdieß, daß das Cassabuch von dem Cassirer Hoff geführt ist, welchem, wie noch gleich näher zu erwähnen ist, im vorliegenden Falle juristisch gar kein Glauben beigemessen werden kann. Mit dem Cassabuche fallen aber auch alle übrigen Urkunden hinweg, indem der Avisbrief und Contocorrent als eigene Scripturen der Beklagten nur etwa durch ihre Uebereinstimmung mit diesem Buch einige Beweiskraft hätten erhalten können, und die Glatte des Cassirers jedenfalls nicht mehr gelten kann, als das Cassabuch.

134.

Victor Robert Johann Hertz, Kläger gegen **Ludwig Erlanger**, Beklagten, Forderung betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 10. October 1857.

Die Beschwerde des Klägers, daß Kläger mit der erhobenen Klage wegen Dunkelheit derselben, unter Verurtheilung in die Prozeßkosten angebrachtermaaßen abgewiesen worden, war für begründet zu erachten. Das Ober-Appellationsgericht kann nämlich die in den Entscheidungsgründen zum angefochtenen Erkenntniß ausgeführte Ansicht, daß zur Begründung der Klage aus einem Constitut eine genaue und specifische Darlegung derjenigen Rechtsgeschäfte, auf welche dasselbe sich bezieht, — ebenso, wie sie zu erfordern sein würde, wenn aus diesen Geschäften unmittelbar geklagt werden sollte — gehöre, nicht theilen, muß vielmehr im Anschluß an wiederholte frühere Ansprüche,

Heise und Cropp, Jurist. Abhandl. I. Seite 363 bis 366.
Rindskopf ca. Wolff. Frankf. 1835. *)
vergl. auch Kappé ca. du Fay. Fr. 1853. *)

davon ausgehend, daß in dem Constitut ein selbstständiger Klaggrund liegt, es für ausreichend erachten, wenn dargelegt wird, daß der Beklagte eine bestimmte Schuld anerkannt und zu zahlen versprochen habe, wozu allerdings gehört, daß der Gegenstand der Anerkennung und Zahlungszusage, wenn auch nur generell, dergestalt bezeichnet werde, daß der Beklagte das concrete Schuldverhältniß, um welches es sich bei dem Constitut gehandelt haben soll, hinlänglich zu erkennen vermag, um über die Existenz und Rechtsbeständigkeit eines darauf bezüglichen Zahlungsversprechens sich ein Urtheil bilden zu können. Von diesem Standpunkt aus aber kann die

---

*) Seite 320.

Begründung der vorliegenden Klage nicht beanstandet werden. Es ist behauptet, daß die fragliche Schuld in den Jahren 1826 bis 1832 aus mehrfachen Handelsgeschäften in Staatspapieren, resp. einem lebhaften Börsenverkehr zwischen dem verstorbenen Moses Isaak Hertz und dem Beklagten entstanden sei, und wenn Beklagter wirklich eine aus solchem Geschäftsverkehr herrührende Schuld im Betrage von fl. 19,500 anerkannt und zu zahlen versprochen hat, so darf bei ihm auch eine hinlängliche Kenntniß der einzelnen Geschäfte, aus welchen jene Schuld hervorgegangen, vorausgesetzt werden, welche ihn in den Stand setzt, die Richtigkeit jenes Anerkenntnisses und Zahlungsversprechens wiederholt prüfen und Einwendungen, die ihm gegen die Rechtsgültigkeit desselben etwa zustehen sollten, vorbringen zu können.

III. Konnte es dem Vorstehenden zufolge bei der erkannten Abweisung der Klage wie angebracht wegen Dunkelheit nicht belassen werden, so kam es auf eine Prüfung der übrigen Streitpunkte, auf welche die vorigen Gerichte nicht eingegangen sind, an, ohne daß das Ober-Appellationsgericht hierbei an die speciellen Beschwerden des Klägers sich gebunden erachten konnte.

A. Beklagter hat auf die in der Klage aufgestellte Behauptung, daß Kläger ein Sohn des verstorbenen Moses Isaak Hertz sei und denselben zu 9/22 beerbt habe, in der Exceptionalhandlung eine specielle Erklärung nicht abgegeben, sondern nur daraus, daß die Erbschaft des verstorbenen Moses Isaak Hertz noch nicht vertheilt sei und Kläger folglich auf 9/22 derselben nicht angewiesen sein könne, die Einrede fehlender Sachlegitimation und mehrerer Miterben entnommen. Es ist also jene Klagbehauptung für stillschweigend eingestanden zu erachten. Die dagegen vorgebrachte Einrede aber erscheint unbegründet, da zur Erbschaft gehörige Forderungsrechte ipso jure unter die Erben nach Verhältniß ihrer Erbportionen getheilt sind und Kläger rechtlich nicht verhindert ist, seinen Antheil an dem fraglichen Forderungsrecht ohne Zuziehung der übrigen Miterben klagend zu verfolgen.

B. Die der Klage in der Hauptsache zu Grunde gelegten Thatsachen sind geläugnet. Es hat also Kläger dieselben zu erweisen. Von diesem Beweise kann er namentlich nicht deßhalb befreit werden,

weil in dem Läugnen des Beklagten, nur in den Jahren 1826 bis 1832 Handels- und Börsengeschäfte mit Moses Isaak Hertz gemacht zu haben, implicite das Geständniß liegt, daß dergleichen Geschäfte auch in jenen Jahren vorgekommen. Denn es ist nicht aus solchen Geschäften, sondern aus einem darauf bezüglichen Zahlungsversprechen geklagt und dieser Klaggrund ist bestimmt und speciell verneint.

C. Die Einreden der Zahlung, des dolus und der Verjährung müssen ganz außer Betracht bleiben, da sie sich auf ein vor dem Jahr 1826 begründetes Schuldverhältniß beziehen, während, nach der Klagbehauptung, bei welcher Kläger fortwährend stehen geblieben ist, die Geschäfte, welche den Gegenstand des Constituts gebildet, erst in den Jahren 1826 bis 1832 vorgekommen sein sollen.

D. Dagegen ist die der Forderung aus dem Zahlungsversprechen entgegengesetzte Einrede freiwilligen Verzichts hinlänglich begründet, um den Beweis derselben nachlassen zu können. Denn wenn es auch an einer bestimmten Zeitangabe fehlt, so liegt es doch in dem ganzen Zusammenhange, daß das behauptete Uebereinkommen nach dem fraglichen Zahlungsversprechen vorgekommen sein muß.

E. Dem ebengedachten Beweise gegenüber mußte dem Kläger in Anlaß seines, auch auf die hier fragliche Einrede mitzubeziehenden Einwandes, daß der Nachlaß, wenn er wirklich erfolgt, sich als eine Schenkung darstellen und wegen fehlender gerichtlichen Insinuation ungültig sein würde — der Replikenbeweis, daß jener Verzicht schenkungsweise erfolgt sei, vorbehalten werden, indem, wenn dieß dargethan werden sollte, der, beklagtischerseits stillschweigend zugegebene, Mangel gerichtlicher Insinuation die Ungültigkeit des fraglichen Verzichts, wenigstens insoweit, als die nachgelassene Forderung den Werth von 500 Solidi überstieg, nach sich ziehen müßte.

F. Die Forderung fünfprocentiger Zinsen der einzelnen zu zahlen versprochenen Raten vom jedesmaligen Verfalltag an, wird durch die behauptete und mit zu Beweis verstellte Verabredung fester Zahlungstermine begründet.

IV. Was endlich den Kostenpunkt anlangt, so waren nach gegenwärtiger Sachlage die Kosten erster Instanz auszusetzen, diejenigen der vorigen und gegenwärtigen Instanz aber zu vergleichen.

Auszug aus den Seite 317 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

Wolff ca. Rindskopf. 1835.

Es kann die Uebereinkunft nach Inhalt der Klagschrift nicht als eine Novation betrachtet werden, wohl aber als ein constitutum debiti proprii, bei welchem die ursprüngliche Forderung neben dem neuen Recht aus der Anerkennung fortbesteht, und die angestellte Klage war demnach keine andere als die actio de pecunia constituta. Da aber zum Beweis eines gültigen constitutum eine sogenannte cautio indiscreta nicht genügen würde, vielmehr mit der Anerkennung auch eine, wenn auch nur allgemeine, Angabe der ursprünglichen Forderung verbunden sein muß,

Jurist. Abhandl., Th. I. 1827. S. 363 — 366.

so hat der Kläger durch seine Erwähnung der früheren Waarensendungen aus England, sowie durch seine replicando gemachte Aeußerung, daß er den Beweis seines Guthabens zur Zeit der Uebereinkunft werde übernehmen müssen, auch nur so viel eingeräumt, daß er ein constitutum zu beweisen habe, welches einigermaaßen Aufklärung über die zum Grunde liegende Forderung gebe.

Kappé ca. du Fay. 1853.

Da sich schon in der Klage die Behauptung findet, daß Beklagter im Monat Mai 1851 die Schuldforderung des Klägers von fl. 1600 anerkannt und deren Bezahlung auf den 26. Mai desselben Jahres zugesichert und versprochen habe, und da, falls eine solche Anerkennung und Zahlungszusage von dem majorennen Beklagten allerdings ertheilt wäre, darin eine selbstständige Verpflichtung liegen würde, ohne daß es dabei auf den Beweis, daß dem Versprechen eine schon vorher bestehende Verpflichtung des Beklagten zum Grunde gelegen habe, überall noch ankommen könnte, so mußte es allerdings dem Kläger freigestellt werden, ob er statt des Beweises, die Darlehen wirklich gegeben zu haben, es vorzieht, den Beweis jener Behauptung der Klage zu führen. Es waren ihm aber diese beiden Beweise nicht cumulativ, sondern alternativ aufzulegen.

135.

A. May junior, Kläger und Widerbeklagter gegen **Adolph Mayer,** Beklagten und Widerkläger, Forderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 8. August 1856.

Laut unbestrittenen Inhalts des am 12. Mai 1856 abgeschlossenen Kaufvertrages hatte Kläger dem Beklagten verkauft 500 Säcke Weizen à 200 Pfund Zollgewicht, von dem Käufer am Boden eingesehen und acceptirt zum Preis von fl. 17. 15 kr. per 200 Pfund Zollgewicht und gegen alsbaldige Zahlung von fl. 1000 als Angeld à conto. Der Weizen sollte von dem Käufer binnen 4 Wochen bezogen werden, und der Verkäufer hatte sich ausbedungen: „nach Ablauf von 4 Wochen ist das Angeld verfallen und ich bin wieder Eigenthümer der Waare.“

Hiernach hatten die Contrahenten das Rechtsverhältniß so aufgefaßt, als ob durch den Abschluß des Kaufvertrages der Käufer Eigenthümer des Weizens geworden sei. Es folgt daraus, daß die Stipulation, bei Nichtbezug des Weizens durch den Käufer innerhalb einer Frist von 4 Wochen sei der Verkäufer wieder Eigenthümer der Waare, gleichbedeutend ist mit der Vereinbarung, daß in dem erwähnten Falle der Verkauf als aufgehoben gelte. Auch die weitere Vereinbarung, daß zugleich das gezahlte Angeld dem Verkäufer „verfallen“ sein soll, entspricht der obigen Auffassung. Und da ein weiterer Nachtheil für den säumigen Käufer als der ohnehin erhebliche Verlust von fl. 1000 nicht bedungen ist, so würde Kläger mit seinen Ansprüchen ab- und zur Ruhe zu weisen, auch als Widerbeklagter schuldig sein, dem Widerkläger für alle ihm durch den Arrest verursachten Schäden und Kosten Genugthuung zu leisten, zumal er den Arrest mit Hinterhaltung des Kaufvertrags erwirkt hat.

Anders würde dagegen die Entscheidung ausfallen müssen, wenn Kläger die Wahrheit seiner Behauptung erweisen würde, daß für den Fall des Nichtbezuges des Weizen innerhalb vierwöchentlicher Frist durch den Käufer dem Verkäufer zufolge ausdrücklicher Vereinbarung beider Theile, alle Ansprüche aus dem Vertrage vorbehalten worden seien. — Alsdann würde die beanspruchte Vergütung einer Preisdifferenz gerechtfertigt erscheinen, während die thatsächliche Begründung ihres Betrages wegen mangelnder Angabe eines andern Sachverhalts als zugestanden zu betrachten ist.

Aus diesen Gründen wird für Recht erkannt:

Kläger wird unter Wiederaufhebung des Arrestes mit der erhobenen Klage ab- und zur Ruhe gewiesen, auch als Widerbeklagter schuldig erkannt, dem Widerkläger für alle durch den Arrest verursachten erweislichen Schäden und Kosten Genugthuung zu leisten, sowie die in der Vor- und Widerklage bisher erwachsenen Kosten zu erstatten, er würde denn binnen 14tägiger Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises rechtsgenügend darthun:

daß für den Fall des Nichtbezuges des Weizens innerhalb vierwöchentlicher Frist durch den Käufer dem Verkäufer zufolge ausdrücklicher Vereinbarung beider Theile alle Ansprüche aus dem Kaufvertrage vorbehalten worden seien,

worauf in der Hauptsache, sowie der Kosten wegen abändernde Verfügung erfolgen wird.

Vorstehendes Erkenntniß wurde auf Appellation des Beklagten durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 20. October 1856 und Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 29. October 1857 unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Kläger hat das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 8. August v. J. nicht angefochten. Es steht also rechtskräftig fest, daß, wenn das Rechtsverhältniß lediglich auf Grund der Vertragsurkunde zu beur-

theilen ist, dem Beklagten gestattet werden muß, gegen Aufopferung der gezahlten fl. 1000 vom Vertrage zurückzutreten; und die zu entscheidende Frage ist einzig die, ob dem Kläger der Beweis seiner replicarischen Behauptung mit den vorigen Gerichten dahin nachgelassen werden könne, daß, für den Fall des Nichtbezuges des Weizens innerhalb vierwöchiger Frist durch den Käufer, dem Verkäufer zufolge ausdrücklicher Vereinbarung beider Theile alle Ansprüche aus dem Kaufvertrage vorbehalten worden seien. — Beklagter bestreitet die Zulässigkeit dieses Beweises

A. deßhalb, weil die betreffende Behauptung des Klägers verspätet sei. Dieser Einwand ist schon in der Duplik, mithin zu rechter Zeit, vorgebracht, allein er ist unbegründet.

1) Kläger hat sich schon in der Klage auf Uebereinkunft berufen, um die Differenzforderung zu begründen. Dieser Ausdruck ist an sich mehrdeutig. Er kann bezogen werden auf den vom Beklagten später producirten schriftlichen Vertrag, der Kläger kann dabei aber auch die von ihm in der Replik behauptete mündliche Uebereinkunft, wodurch der Sinn jenes Vertrages näher festgestellt worden, im Sinne gehabt haben. Diese Mehrdeutigkeit seiner Klagbehauptung hat Kläger nun in der Replik dadurch gehoben, daß er beides in bestimmter Weise geltend gemacht, sowohl den Schlußsatz des schriftlichen Vertrags, als auch eine daneben vorgekommene mündliche Uebereinkunft. Es ist also in letzterer Beziehung nichts Neues, von der Klagbehauptung Abweichendes in der Replik vorgebracht, sondern nur das in der Klage schon Vorgebrachte näher präcisirt, nur das näher auseinander gesetzt, was er unter dem „Uebereinkunftmäßig" der Klagschrift verstanden wissen wolle. Und da dieser zweifache Sinn sehr wohl damit verbunden sein konnte, so stand ihm eine solche nachträgliche Determination noch vollkommen zu.

2) Es bedurfte aber zur Begründung der Klage auf die Preisdifferenz nicht einmal des Berufens darauf, daß durch besondere Uebereinkunft dem Kläger die eventuelle Berechtigung, über die Waare weiter zu verfügen, eingeräumt worden. Die deßfallsige Forderung findet vielmehr vorliegend — wo es sich um eine Waare handelt, die einem schwankenden Marktpreis unterliegt — schon in der

Klagbehauptung ihr genügendes Fundament, daß der Käufer die Waare innerhalb der zu ihrer Empfangnahme vertragsmäßig festgesetzten Frist nicht bezogen habe und auch eine materielle Aufforderung hierzu erfolglos geblieben sei.

Vergl. Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts in den Frankfurter Sachen:

Voigt ca. Clausius de 1825.
Maas ca. Mertens de 1830. *)
Mumm ca. Penco de 1832. **)

Dieser Klagbegründung gegenüber bildete die Bezugnahme des Beklagten auf eine Nebenabrede, wodurch ihm gestattet worden sei, unter Zurücklassung der gemachten Bezahlung von fl. 1000 von dem Vertrage zurückzutreten, eine Einrede, und was Kläger zur Elidirung dieser Einrede vorzubringen hatte, durfte er der Replikhandlung vorbehalten. Daran ändert sich auch nichts durch die Existenz einer schriftlichen Vertragsurkunde, aus der, nach der rechtskräftig feststehenden Auffassung der vorigen Gerichte, der Beweis jener Einrede bis zur Nachweisung einer gegentheiligen Absicht der Contrahenten sofort zu entnehmen ist. Denn es bestand für den Kläger keine prozessualische Pflicht, jene Urkunde schon mit der Klage zu produciren, resp. deren ihm entgegenstehenden Inhalt gegenüber seine Replikhandlung zu anticipiren. — Beklagter ist

B. der Ansicht, dem betreffenden replikarischen Vorbringen müsse die Berücksichtigung deßhalb versagt werden, weil es in Widerspruch stehe mit der bereits erwähnten Klagbehauptung: „Uebereinkunftmäßig sei Kläger berechtigt gewesen, nach Ablauf von vier Wochen über die Waare wieder zu verfügen, falls Beklagter bis dahin mit dem Bezuge derselben noch im Rückstande wäre." Denn die Berechtigung des Verkäufers, über die Waare wieder zu verfügen, setze vorherige Auflösung des Kaufvertrages voraus, die betreffende Replikbehauptung aber gehe auf dessen Fortbestehen. — Es bedarf indeß zur Widerlegung dieser Ansicht nur einer Hinweisung auf die Ausführung unter A., derzufolge die eventuell dem

---

*) Siehe Seite 326. — **) Siehe Seite 327.

Verkäufer vorbehaltene Befugniß, über die Waare wieder zu disponiren, durchaus nicht mit einem Aufgeben seiner Rechte aus dem Kaufvertrag identisch ist.

Beklagter hat endlich

C. der von dem Kläger behaupteten mündlichen Uebereinkunft den Einwand entgegengesetzt, daß bei schriftlichen Verträgen nur das entscheide, was in ihnen stehe. Allein auch hierin kann ihm nicht beigepflichtet werden. Die Schlußclausel des schriftlichen Vertrages vom 12. März v. J. läßt an und für sich ein doppeltes Verständniß zu, je nachdem man annimmt, daß dadurch beiderseitige Rechte haben begründet werden sollen, oder daß sie nur einen Vorbehalt zu Gunsten des Verkäufers enthalte. Ersterenfalls muß dem Käufer der Rücktritt vom Handel gegen Aufopferung der gezahlten fl. 1000 gestattet, letzterenfalls muß dagegen dem Verkäufer die Wahl eingeräumt werden, ob er die fl. 1000 als Conventionalstrafe behandeln und den Kauf auflösen, oder ob er auf dessen Vollziehung resp. Zahlung der Preisdifferenz dringen will. Die vorigen Gerichte haben sich nun allerdings in rechtskräftig feststehender Weise für das zuerst gedachte Verständniß erklärt. Damit ist aber nur ausgesprochen, daß — so lange man bei der Auslegung auf den Inhalt der Vertragsurkunde und die allgemeine Natur des Rechtsgeschäftes beschränkt ist — jenes Verständniß den Vorzug verdiene. Möglich bleibt auch das andere, und es kann daher vorliegend gar keinem Zweifel unterliegen, daß dem Kläger der Beweis seiner rechtzeitig vorgebrachten und thatsächlich genügend begründeten Behauptung, die Absicht der Contrahenten sei auf dieses Verständniß gegangen, nicht versagt werden darf.

Vergl. Ober-Appellationsgerichts-Entscheidungen in den Frankfurter Sachen:

Hallberger ca. Sugenheim de 1850.*)

Sch. ca. Th. de 1855.**)

v. Malten ca. Brönner de 1855.***)

Diesem nach mußten die Beschwerden des Beklagten, unter Verurtheilung desselben in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zurückgewiesen werden.

---

*) Siehe Seite 328. — **) Siehe diese Sammlung Band II. Seite 28.
***) Siehe diese Sammlung Band II. Seite 132.

Auszug aus den Seite 324 und 325 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

1. **Maas** ca. **Mertens.** 1830.

a) Da der Käufer nach klaren Gesetzen befugt ist, in dem Fall einer mora solvendi des Verkäufers, statt auf die Erfüllung des Contracts, auf das Interesse zu klagen,

L. 1. pr. D. L. 10. L. 12. C. de action. emt. vend.

so muß nach dem Grundsatze, daß bei Bilateralcontracten die Rechte beider Contrahenten in der Regel gleich sind, eben dieselbe Befugniß auch dem Verkäufer wegen einer mora solvendi des Käufers beigelegt werden, und der Anwendung des obigen allgemeinen Grundsatzes steht hier kein specielles Gesetz entgegen. Von denjenigen Gesetzstellen nämlich, welche dem Verkäufer die Befugniß absprechen, wegen der mora solvendi des Käufers eine bereits tradirte Sache zurückzufordern,

L. 12. C. de rei vindic.
L. 8. C. de contrah. emt.
L. 6. C. de act. emt. vend.

läßt sich auf den hier in Frage stehenden Fall, wo noch keine Tradition Statt gefunden hat, bei der rechtlichen Verschiedenheit des Verhältnisses kein Schluß ziehen, und ebenso wenig gehört die von dem Beklagten allegirte

L. 19. D. de peric. et commod. rei vend.

hierher, welche nur den Satz enthält, daß der Verkäufer nicht denjenigen Gewinn erstattet verlangen könne, welchen er durch den Umsatz des Kaufgeldes hätte machen können.

Wenn die Befugniß des Verkäufers, auf das Interesse zu klagen, auf die Anwendung der oben angeführten Gesetzstellen

L. 1. pr. D. de act. emt. vend. u. s. w.

gegründet wird, so ist denn auch in dem vorliegenden Falle der Umstand ohne Einfluß, daß die Kläger, und zwar ohne vorgängige specielle Androhung, zu dem Weiterverkaufe der Papiere geschritten sind. Denn nach Inhalt jener Gesetze genügt zur Begründung der Klage auf das Interesse die Thatsache, daß der Beklagte durch den

Digitized by Google

Vorgang vom 31. December 1827 in moram versetzt ist und der Umstand, daß die Kläger die Papiere nachher weiter verkauft haben, könnten von dem Beklagten dieser Klage nur alsdann als Einrede opponirt werden, wenn ihm durch den Weiterverkauf die Möglichkeit entzogen worden wäre, von der ihm — abgesehen von den weiter unten zu erwähnenden Ansichten der Kaufleute von dem Handel mit Staatspapieren — zustehenden Befugniß, vor der Litiscontestation, oder — auf welche Frage es jetzt nicht ankommt — doch vor der Anstellung der Klage moram zu purgiren,

L. 17. D. de pecun. constit.
L. 84. D. de verb. oblig.

Gebrauch zu machen; dieses letztere ist aber bei gangbaren Staatspapieren, welche ungeachtet des Weiterverkaufs immer wieder angeschafft werden können, nicht der Fall, vielmehr war der Beklagte unbehindert, zeitig eine purgatio morae vorzunehmen, was er aber nicht gethan, sondern damit bis zur Duplik gezögert und sich also jener Befugniß verlustig gemacht hat.

Zu diesem, von den allgemeinen Regeln des Kaufcontracts entnommenen Grunde kommt dann noch

b) der specielle Grund hinzu, daß die den Engagementsbriefen hinzugefügte Clausel: „am 1. Januar 1828 ist dieses Engagement erloschen," nach der Ansicht der Kaufleute den bestimmten Sinn hat, daß, wenn der Käufer auf geschehene Aufforderung am Verfalltage den Contract nicht erfülle, der Verkäufer zum sofortigen Weiterverkauf der Papiere und zur Klage auf das Interesse befugt sein solle, wie solches namentlich in Beziehung auf Frankfurt aus früheren, bei dem Ober-Appellationsgerichte verhandelten Acten hervorgeht, mithin jene Befugniß der Kläger hier auch durch die Absicht der Contrahenten und durch ein besonderes Pactum begründet wird.

2. Mumm ca. Penco. 1832.

Wenn nun aber nach den bisher ausgeführten Gründen die Interpellation vom 30. October gültig war, so ist der Beklagte durch dieselbe in moram versetzt, und hierdurch die Klage auf das Interesse

begründet, da diejenige Befugniß, welche die Gesetze in dieser Hinsicht dem Käufer wegen der mora des Verkäufers ertheilen,

l. 1. pr. D. l. 10. l. 12. C. de act. emt. vend.

vermöge der Gleichheit der Rechte der Contrahenten bei Bilateral-Contracten, auch dem Verkäufer wegen der mora des Käufers zustehen muß, und da dieß insbesondere die Clausel der Engagementsbriefe: „Mit Ablauf des — — — ist dieses Engagement erloschen" nach dem im kaufmännischen Verkehre damit verbundenen Sinne mit sich bringt.

3. Hallberger ca. Jugenheim. 1850.

Dem klaren Wortlaut und dem so unzweideutigen, als sachentsprechenden Inhalt einer schriftlichen Uebereinkunft gegenüber kann die Berufung auf mündliche Nebenabreden oder Erläuterungen füglich nur dann Beachtung finden, wo die deßfallsigen Angaben von vornherein mit gehöriger Bestimmtheit erfolgt und im Laufe der Verhandlungen ohne alle oder doch ohne erhebliche Variationen festgehalten sind, auch sowohl mit den eigenen anderweitigen Vorbringen, als mit Zweck und Natur des betreffenden Geschäfts überhaupt oder seiner angeblich auf solche Weise erläuterten und näher bestimmten Clauseln im Einklang stehen.

136.

Dr. T., Kläger und Widerbeklagter gegen A. S. T., Beklagten und Widerklägern, Forderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 10. December 1856.

1) Beklagter gibt zu, am 30. November 1851 9600 Piaster 3procentige spanische Staatspapiere von dem Kläger dargeliehen erhalten zu haben, — —

2) Der Einwand des Beklagten, daß er besagte Werthpapiere am 4. December 1853 erkauft und den Kaufpreis mit einem Wechsel auf J. und B. T. von fl. 18,000 berichtigt habe, steht in offenbarem Widerspruche mit der in [4] aufgestellten Berechnung. Dort werden dennoch für dieses Jahr im Haben dem Kläger von den 9600 Piastern oder deren Werthe Zinsen gut geschrieben und im Soll von dem Wechsel von fl. 18,000 Zinsen berechnet. Aus dieser Buchung ist aber zu entnehmen, daß sich Beklagter noch jetzt einerseits als und zwar alleiniger Darlehnsschuldner und andererseits als Eigenthümer des Wechsels selbst betrachtet. Es erscheint daher der Gegeneinwand des Klägers begründet, daß die Uebertragung des Wechsels nur ein Eincassirungs-Auftrag gewesen sei, als Mandatar trifft aber den Kläger kein Vorwurf, wenn er nicht Protest erheben, sich von dem Wechselschuldnern zur Erhaltung der Wechselforderung einen neuen Wechsel ausstellen ließ, und zur Sicherheit eine hypothekarische Einschreibung auf das Eigenthum der Schuldner erwirkte. — —

Urtheil des Appellationsgerichts

vom 20. Februar 1857.

Auf Appellation des Beklagten.

In Erwägung daß

1) — — — — — — — — — — — — — — — — — — —

2) — — — — — — — — — — — — — — — — — —

3) Kläger in der Gegenerklärung den von dem Beklagten behaupteten Verkauf der 3procentigen spanischen Obligationen in Abrede gestellt und rücksichtlich des erhaltenen Wechsels entgegnet hat, daß derselbe von dem Beklagten auf seine des Klägers Ordre indossirt worden sei, um solchen wo möglich einzunehmen und sich dadurch bezahlt zu machen, daß

4) zwar der Umstand, daß in der von dem Beklagten aufgestellten Rechnung die Zinsen der 3procentigen spanischen Obligationen dem Kläger sowohl für das Jahr 1853, als für das Jahr 1854 gutgeschrieben worden, der Folgerung Raum gibt, daß hiernach die fraglichen Obligationen auch noch nach dem 4. December 1853, wo Beklagter solche erkauft haben will, als Eigenthum des Klägers zu betrachten seien, daß

5) aber ein unumwundenes Anerkenntniß dieses klägerischen Eigenthums von Seiten des Beklagten, welches nach dem zweiten Entscheidungsgrunde des angefochtenen Erkenntnisses den Beweis des Verkaufs der Obligationen ausschließen soll, schon darum, weil der Beklagte gleichzeitig mit Bestimmtheit den Verkauf behauptet hat, und auch die fragliche Buchung immerhin eine andere mit dieser Behauptung nicht unvereinbarliche Deutung zuläßt, nicht ohne Weiteres zu unterstellen, vielmehr dem Beklagten der bezügliche Beweis nachzulassen ist, während es dem Kläger anheimgestellt bleiben muß, den gedachten Umstand, soweit er damit auszureichen gedenkt, gegenbeweislich geltend zu machen, daß

6) der Kläger, welcher das auf ihn geschehene Indossament des Wechsels von fl. 18,000 eingeräumt, zugleich behauptet hat, daß dadurch nur beabsichtigt worden sei, daß er, Kläger, sich aus dem etwa eingehenden Betrage bezahlt mache, daß

7) hiernach Beklagter seine Behauptung, daß die Uebertragung des Wechsels an den Kläger theils zur Berichtigung des Kaufpreises der 9600 spanischen 3procentigen Piaster, theils auf Abrechnung stattgefunden habe, zu beweisen hat, wobei es ihm unbenommen bleibt, auf den Umstand, daß Kläger den Wechsel den Schuldnern zurückgegeben, auch sich einen andern von gleichem Betrag ohne Giro des Beklagten auf seinen des Klägers, eigenen Namen, hat ausstellen und

hieraufhin eine hypothekarische Einschreibung auf die Immobilien der Schuldner zu seinen Gunsten hat einschreiben lassen, Bezug zu nehmen, — — —

wird für Recht erkannt:

A. das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 10. December 1856 wird im Uebrigen bestätigt und nur dahin abgeändert:

I. — — — — — — — — — — — — — — — —

II. dem Beklagten wird noch nachgelassen, binnen einer von dem Stadtgericht vorzuberaumenden Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises, darzuthun:

a. daß er am 4. December 1853, 9600 3procentige spanische Piaster zum Course von $40^3/_4$ pCt. von dem Kläger erkauft habe,

b. daß er den Wechsel von fl. 18,000 auf die J. und B. T.'schen Eheleute in Alzey auf den Kläger theils zur Berichtigung des Kaufpreises der 9600 spanischen 3procentigen Piaster, theils auf Abrechnung übertragen habe. — —

Auf weitere Appellation des Beklagten und Adhäsion des Klägers wurde das Urtheil zweiter Instanz durch Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts vom 4. November 1857 bestätigt unter Verurtheilung des Beklagten zum Ersatze der Hälfte der letztinstanzlichen Kosten und unter Compensation der andern Hälfte.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Was

I. die beklagtische Appellation anlangt, so kann es bei der Beurtheilung der Frage, ob — der aufgestellten Beschwerde gemäß — die Valuta des Wechsels von fl. 18,000 ohne Weiteres dem Kläger zur Last zu bringen, eventuell ob nicht wenigstens der Letztere für beweispflichtig in Betreff seiner Behauptung zu erklären sei, daß er den Wechsel nur zur Geltendmachung für des Beklagten Rechnung erhalten habe, darauf an, worin eigentlich das Fundament des die fl. 18,000 betreffenden Reconventional-Antrages bestehe.

Die hierauf bezüglichen Angaben des Beklagten gehen dahin, daß der Kläger von ihm den Wechsel von fl. 18,000 übernommen habe als Zahlung für das von ihm, dem Beklagten, — nach seiner Angabe — damals Geschuldete und als Pränumeration für ferner zu Vergütendes, mit der Verpflichtung, den eventuell sich herausstellenden Ueberschuß baar zu entrichten. Hierin liegt die Behauptung eines Wechselkaufs, einer sogenannten Wechselbegebung. Der Kläger soll den Wechsel als ein ihm zuständiges Activum, um selbiges für seine Rechnung und nach eigenem Gutbefinden geltend zu machen, gegen die Pflicht, den vollen Belauf desselben in vorgedachter Weise zu vergüten, erworben haben, ohne eine weitere Verantwortlichkeit des Beklagten für den Wechsel, als daß der Kläger im Falle der Dishonorirung rechtmäßig auf ihn habe regrediren dürfen. Ein solcher Regreß sei nun aber nicht genommen, und habe den vorliegenden Umständen nach auch nicht genommen werden können, da der Kläger es an den wechselmäßigen Voraussetzungen des Regresses habe fehlen lassen, indem er gegen die Bezogenen nicht protestirt, ja sogar denselben den Wechsel gegen Ausfertigung eines anderen Wechsels, und zwar eines solchen, welchen der Beklagte nicht indossirt gehabt, ausgeliefert habe.

Der Kläger hat geläugnet, den Wechsel in Folge eines Begebungsvertrages oder irgendwie sonst für eigene Rechnung erworben zu haben und den Belauf desselben schuldig geworden zu sein; er hat dagegen behauptet, daß er ihn nur zur Sicherheit für seine Ansprüche an den Beklagten und mit dem Auftrage erhalten habe, wenn möglich ihn für des Beklagten Rechnung einzuziehen. Dieß letztere habe er auch versucht, wiewohl größtentheils vergeblich, indem die Einklagung des Wechsels ein geringes Resultat in Geld, und im Uebrigen nur ein richterlich verstattetes Pfandrecht zur Folge gehabt habe. Daß er den Wechsel an die Bezogenen gegen Ausstellung eines neuen, gleich großen Wechsels ausgeliefert habe, verhalte sich allerdings so, wie der Beklagte angebe; allein dieß sei für ihn, den Kläger, unpräjudicirlich, weil im Interesse des Beklagten nothwendig gewesen, da im andern Falle der ursprünglich empfangene Wechsel der Verjährung verfallen gewesen sein würde.

Bei dieser Sachlage konnte den vorigen Richtern nur beigetreten

werden, wenn sie dem Beklagten den Beweis des Wechselverkaufs aufgelegt haben. Denn daß aus der bloßen Thatsache der Hingabe und Uebertragung eines Wechsels kein Schluß auf das diesem Acte zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, und zwar insonderheit kein Schluß darauf, daß dasselbe in einem Wechselverkaufe bestanden habe, abgeleitet werden könne, ist klar und vom Ober-Appellationsgerichte erst kürzlich in einer Frankfurter Sache:

Erk. vom 15. December 1856 in Sachen Dalton & Comp. ca. Lehmann*)

ausgeführt worden.

Hiervon können auch die von dem Beklagten in Bezug genommenen, bereits oben erwähnten Umstände des unterbliebenen wechselmäßigen Regresses, der Auslieferung des Wechsels gegen einen von den Bezogenen neu ausgestellten Wechsel, der Einklagung desselben und der Auswirkung eines Pfandrechtes nichts ändern. Zur Begründung eines selbstständigen Klagerechts sind dieselben Seitens des Widerklägers nicht vorgebracht worden, vielmehr nur als Vermuthungsgründe für den Erwerb des Wechsels auf Seiten des Klägers zu dessen eigenem Rechte. Gesetzt nun auch, dieselben oder doch einige von ihnen könnten wirklich in der angegebenen Richtung dienlich sein, so würde dieß doch keinen Einfluß auf die Bestimmung der Beweislast ausüben. Ueberdieß ist die Irrelevanz der angeführten Thatsachen einleuchtend, da sie sämmtlich ebensowohl stattgefunden haben können, wenn der Kläger den Wechsel als Mandatar des Beklagten im Besitz gehabt, als wenn er ihn wirklich für sich selbst erworben haben sollte.

Der Beklagte kann demnach nicht ohne den Beweis des Fundaments seiner Reconvention fortschreiten; auch stellt sich aus den vorangeführten Gründen der eventuelle Antrag desselben, den Kläger als beweispflichtig zu behandeln, nicht minder als grundlos heraus.

II. Die auf Wiederherstellung des dem Beklagten mit seinem Antrage wegen Belästung des Klägers mit der Wechsel-Valuta von fl. 18 000 sofort abweisenden Stadtgerichts-Erkenntnisses gerichtete klägerische Adhäsivbeschwerde — denn nur in diesem Umfange konnte

*) Siehe diese Sammlung Bd. III. S. 87 bis 40.

dieselbe ungeachtet ihrer allgemeineren Fassung verstanden werden — erschien freilich, als gegen einen von dem Beklagten angefochtenen Theil der Sent. a qua gerichtet, formell zulässig, dagegen konnte ihr materiell nicht entsprochen werden. Allerdings hat das Stadtgerichts-Erkenntniß einigen Schein für sich, wenn es aus der beklagtischen Rechnungs-Aufstellung in Anl. [4] der Acten erster Instanz ableitet, daß der Beklagte sich durch dieselbe als den Interessenten des Wechsels zu erkennen gegeben habe, insofern er die von den Bezogenen — nach seiner Angabe — bei dem Kläger eingegangenen Zinsen für einen weit über den Tag des behaupteten Wechsel-Ankaufs hinausreichenden Zeitraum sich zu Gute gerechnet habe. Gleichwohl kommt im Gegensatze hierzu in Betracht, daß der Beklagte auf die von ihm in sein Debet gestellten fl. 9780 gleichmäßig für die nachfolgende Zeit Zinsen zu seinen Lasten in Rechnung gebracht, solche also hier dem Kläger für einen demselben definitiv zu Gute gebrachten Posten vergütet hat; ferner ist es, wie mit dem Appellations-Gerichte anzunehmen ist, entscheidend, daß, während die Rechnungs-Aufstellung einer anderen Auffassung, als der vom Stadtgerichte ausgegangenen, jedenfalls nicht unfähig erscheint, eine solche (andere) Behandlung des fraglichen Gegenstandes derjenigen Prozeßschrift, welcher die Rechnung als Anlage beigefügt ist, unzweifelhaft zu Grunde liegt, weßhalb denn hier bei dem ausdrücklich von dem Beklagten Behaupteten verblieben werden muß.

Bei der Verwerfung sowohl der Appellations-, als auch der Adhäsions-Beschwerde war unter Berücksichtigung der resp. durch dieselben verursachten Verhandlungen in Betreff der Kosten so, wie im Urtheile geschehen, zu sprechen.

Google

137.

Georg Müller von Wertheim, Kläger und Widerbeklagter gegen **J. Spier**, Beklagten und Widerklägern, Fruchthandel betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 10. October 1856.

In Erwägung daß

1) — — — — — — — — — — — — — — — — —

2) nach dem Lieferungs-Vertrage [2] und den eigenen Angaben des Beklagten über die bezüglichen factischen Verhältnisse der am 17. Juni 1856 zwischen ihm und dem Kläger abgeschlossenen Fruchthandel als ein selbstständiger und von dem früheren am 22. Mai 1856 stattgehabten unabhängiger zu betrachten ist,

3) daher Beklagter in Folge des von ihm anerkannten Lieferungsvertrags [2] und nachdem er, wie er stillschweigend eingeräumt, die bedungene Frucht erhalten hat, zur Zahlung des stipulirten Kaufpreises verbunden ist,

4) was das weitere Lieferungsgeschäft vom 17. Juni 1856 über 200 Malter Spelzkorn anbelangt, Kläger und Widerbeklagter entgegnet hat, dieses Geschäft nicht mit dem Beklagten allein, sondern mit demselben und dem Handelsmanne Hermann **Blumenthal** als gemeinschaftlichen Käufern abgeschlossen zu haben, wonach Widerkläger zu beweisen hat, daß er der alleinige Käufer der fraglichen Frucht gewesen sei, bei welchem Beweise er sich übrigens der ein unumwundenes Geständniß nicht enthaltenden Urkunde [7] mit bedienen kann, während die eventuelle Behauptung des Beklagten und Widerklägers, daß er zum außergerichtlichen und gerichtlichen Auftreten in seinem alleinigen Namen von Blumenthal ermächtigt gewesen sei, als eine unzulässige Abänderung der Widerklage enthaltend, unberücksichtigt bleiben muß,

5) Kläger und Widerbeklagter die Nichtlieferung der weiter ver-

kauften 200 Malter Spelzkern zugestanden, jedoch zugleich in Abrede gestellt hat, daß er die Frucht nach Wahl der Käufer innerhalb der Zeit zwischen dem Tage des Kaufabschlusses und dem 30. Juni 1856 zu liefern gehabt, indem er vielmehr behauptete, daß er den fraglichen Verkauf mit den Käufern unter der ausdrücklichen Bedingung geschlossen habe, daß die mehrgedachte Frucht, spätestens am 18. Juni 1856 aus dem Schiffe des Klägers bezogen werden müßte, was aber an diesem Tag nicht geschehen sei, welchem nach Beklagter die angegebene Lieferungszeit zu beweisen hat und dem Kläger vorbehalten bleibt, seine letzterwähnte Behauptung gegenbeweislich darzuthun,

6) Beklagter und Widerkläger weiter entgegnet hat, daß er am 18. Juni 1856 zum Bezug der fraglichen Frucht bereit gewesen sei, jedoch Kläger dieselbe nicht geliefert und ihn noch nach dem 18. Juni 1856 wegen der baldigen Lieferung vertröstet, jedoch wie aus [7] zu entnehmen, sein Versprechen nicht erfüllt habe, weil die Frucht damals warm gewesen sei und hätte gewendet werden müssen, und

7) bei der Liquidität der eingeklagten Forderung durch die sich als illiquid herausstellende Widerklage, die Befriedigung des Klägers nicht behindert werden kann,

wird für Recht erkannt:

I. — — — — — — — — — — — — — — —

II. Nach Erledigung der dem Kläger gemachten Cautions-Auflage ist Beklagter schuldig, binnen einer noch vorzuberaumenden Frist die Summe von fl. 3100 nebst Verzugszinsen zu 5pCt. vom Tage der Insinuation der Klage (30. Juni 1856) zu bezahlen.

III. Nach Erledigung der dem Beklagten und Widerkläger gemachten Cautions-Auflage hat derselbe binnen noch vorzuberaumender Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises, rechtsgenügend darzuthun:

A. daß er in seinem alleinigen Namen am 17. Juni 1856 von dem Kläger 200 Malter Spelzkern erkauft habe,

B. entweder, daß er mit dem Kläger übereingekommen sei, daß dieser ihm nach seiner Wahl die vorgedachte Frucht innerhalb der Zeit bis zum 30. Juni 1856 zu liefern habe,

Digitized by Google

oder daß er am 18. Juni 1856 sich zur Empfangnahme der Frucht bei dem Kläger eingefunden habe,
oder daß Kläger ihm nach dem 18. Juni 1856 die Lieferung der fraglichen Frucht zugesagt habe.

C. Je nach dem Ergebniß der vorbemerkten Beweise soll in der Widerklage, sowie wegen der Streitkosten in dieser und der Vorklage weiter erkannt werden was Rechtens.

Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation des Beklagten durch Erkenntniß des Appellations-Gerichts vom 10. December 1856 unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz lediglich bestätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts
vom 14. November 1857.

Auf Appellation des Beklagten.

Erkannt:

daß die Erkenntnisse des Appellations- und Stadtgerichts der Freien Stadt Frankfurt vom 10. December und beziehungsweise 10. October v. J., wie hiermit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch dahin abzuändern:

daß der Beweissatz unter III. B. des Stadtgerichts-Erkenntnisses in Wegfall zu bringen, dagegen dem Widerbeklagten der Beweis seiner Einrede:

daß bei Abschließung des unter III. A. erwähnten Kaufs als Bedingung festgesetzt worden, daß Käufer noch an demselben oder spätestens am folgenden Tage die Frucht zu beziehen habe;

und hierwider dem Widerkläger, außer dem direkten Gegenbeweise, insbesondere dahin:

daß er mit dem Widerbeklagten übereingekommen sei, daß dieser ihm nach seiner Wahl die gedachte Frucht innerhalb der Zeit bis zum 30. Juni zu liefern habe,

der Beweis seiner Repliken, Gegenbeweis vorbehältlich, dahin nachzulassen:

entweder, daß er am 18. Juni 1856 sich zur Empfangnahme der Frucht beim Widerbeklagten eingefunden,
oder, daß dieser ihm nach dem 18. Juni 1856 die Lieferung der fraglichen Frucht zugesichert habe. — —

Entscheidungsgründe.

A. Die erste Beschwerde des Beklagten und Widerklägers: daß überhaupt nicht nach seinen Anträgen erkannt worden, — hat, abgesehen von dem später zu besprechenden Kostenpunkte, keine selbstständige Bedeutung, und erfordert deßhalb keine besondere Beurtheilung.

B. Die zweite Beschwerde, daß dem Beklagten (durch pos. II. des Stadtgerichts-Erkenntnisses vom 10. October v. J.) die Zahlung der eingeklagten fl. 3100 auferlegt worden, während diese Auflage in Folge der jenseits unterlassenen Vertragserfüllung hätte wegfallen müssen, — ist zwar, wie dieß auch der Appellat anerkennt, für statthaft zu erachten, sie erscheint aber unbegründet. Denn es muß mit den vorigen Gerichten als unzweifelhaft angesehen werden, daß die Leistung, welche Appellant auf Grund des Vertrages vom 17. Juni 1856 von seinem Gegner beansprucht, nicht connex ist mit derjenigen, auf die er von Diesem aus dem Vertrage vom 22. Mai desselben Jahres verklagt worden ist. Sieht man auch — wie dieß zur Zeit geschehen muß — ganz ab von der Behauptung des Gegners, daß der spätere Vertrag unter anderen Personen und nur bedingt abgeschlossen worden, und hält man sich lediglich an das, was Appellant selbst über dessen Inhalt angibt, so ist es doch klar, daß durch denselben an der bereits bestehenden obligatio nichts hat geändert, sondern daß dieser eine neue selbstständige obligatio hat angereiht werden sollen. Denn es wird die durch den ersten Kaufvertrag getroffene Bestimmung über Waare, Preis, Lieferungs- und Zahlungs-Art und Zeit durch die neue Abrede in keiner Weise berührt, vielmehr bezieht sich diese auf eine andere Waare und einen separat für diese festgesetzten Kaufpreis. — Wollte man es aber auch als die Absicht der Contrahenten ansehen, daß die beiden Verträge als ein einziges Kaufgeschäft unter ihnen gelten sollten, so würde sich Appellant doch der Zahlung der gelieferten und ange-

nommenen 100 Malter Spelzkorn mit dem Einwande, daß der Gegner den Vertrag im Uebrigen noch nicht erfüllt habe, schon deßhalb nicht entziehen können, weil es immer Vertragsbestimmung blieb, daß von den verkauften 300 Maltern 100 besonders zu liefern und sofort baar zu bezahlen seien, während für den Rest Ein-Monats-Wechsel gegeben werden sollten.

C. Die dritte Beschwerde ist darüber erhoben, daß nicht dem Gegner der Beweis seiner Behauptung auferlegt worden, daß er den fraglichen Vertrag unter der Bedingung abgeschlossen habe, daß die betreffende Frucht sofort oder spätestens am folgenden Tage hätte bezogen werden müssen.

1) Die Statthaftigkeit dieser Beschwerde ist, wie auch Appellat dieß anerkennt, anzunehmen, da sie der eventuellen, in voriger Instanz aufgestellten Beschwerde entspricht. Auch muß dieselbe

2) nicht allein auf die Vorklage (auf welche freilich die eventuelle Verbindung mit grav. II. und die Wortfassung zunächst hinweisen), sondern zugleich, womit Appellat ebenfalls einverstanden ist, auf die Widerklage bezogen werden, indem Appellant offensichtlich bei seiner Beschwerdeaufstellung in voriger sowohl, als in gegenwärtiger Instanz von der Ansicht ausgegangen ist: die der Widerklage entgegengesetzte Einrede des nicht erfüllten Vertrages und die Widerklage seien ihrem Fundamente nach dergestalt identisch, daß das Schicksal der einen von selbst und ohne daß es eines deßfallsigen ausdrücklichen Antrages von seiner Seite bedürfe, für die andere entscheidend sei. —

Anlangend endlich

3) die Begründung der fraglichen Beschwerde, so findet dieselbe, soweit sie sich

a. auf die Vorklage bezieht, durch die Verwerfung von grav. II. von selbst ihre Erledigung. Wenn Beklagter mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages überhaupt nicht zu hören ist, so kommt es auf die vom Gegner zur Bekämpfung dieser Einrede vorgebrachten Behauptungen nicht weiter an.

b. Für die Widerklage ist die Bedeutung der Beschwerde — wie sich aus dem eventuellen Antrage voriger und der Beschwerde-Ausführung gegenwärtiger Instanz ergibt — die: daß Widerkläger

von dem (nach pos. 5 der stadtgerichtlichen Entscheidungsgründe) als Klagbeweis ihm auferlegten Beweise unter III. B. des Stadtgerichts-Erkenntnisses befreit sein und das obenerwähnte Vorbringen des Widerbeklagten als eine Einrede angesehen wissen will, deren Beweis dem Gegner obliegt, wogegen ihm — Widerkläger — als Repliken-Beweise die vom Stadtgerichte an der erwähnten Stelle hervorgehobenen Alternativen nachgelassen werden sollen. Diesem Begehren muß denn auch im Wesentlichen entsprochen werden. Es fragt sich zunächst

α) ob die Behauptung des Widerklägers: „er sei mit dem Widerbeklagten übereingekommen, daß Dieser ihm die am 17. Juni 1856 verkauften 200 Malter Spelzkorn, nach seiner (des Widerklägers) Wahl innerhalb der Zeit bis zum 30. ejusd. zu liefern habe," mit den vorigen Gerichten als zum Klag-Grunde gehörig zu betrachten und in diesem Sinne vom Widerkläger deren Beweis zu fordern sei. Diese Frage ist aber zu verneinen. Für den mit der Widerklage verfolgten Anspruch auf Lieferung der 200 Malter Spelzkorn und Ersatz des durch die verzögerte Lieferung erwachsenen Schadens kommt es auf jene Nebenverabredung nicht an. Widerkläger war auch ohne dieselbe befugt, sofortige Vertragserfüllung zu verlangen und durch notarielle Aufforderung hierzu den Gegner in Verzug zu setzen. Was aber schon ein naturale des Vertrages ist, braucht nicht noch als speciell vereinbart bewiesen zu werden. Es kommt vielmehr

β) nur darauf an, ob in der Behauptung des Widerbeklagten: „er habe ausdrücklich erklärt, daß er die 200 Malter nur unter der Bedingung verkaufe, daß der Käufer solche sofort aus dem Schiffe nehme, und damit sei der Letztere einverstanden gewesen mit den Worten: „heute oder morgen," eine verneinende Einlassung (in Folge deren Widerkläger den pure abgeschlossenen Handel zu beweisen haben würde) oder eine Einrede zu finden ist, die vom Widerbeklagten dargethan werden muß? Das Ober-Appellationsgericht kann sich nur für das Letztere entscheiden. Der juristische Sinn jenes vom Widerbeklagten behaupteten Uebereinkommens ist kein anderer, als daß dem Handel eine Resolutivbedingung beigefügt sei, und daß Derjenige, der die Auflösung eines Verhältnisses durch eine Resolutivbedingung

behauptet, im Falle der Bestreitung die Beifügung der Bedingung beweisen muß, ist unbestritten.

cf. Puchta, Vorles. ꝛc. zu §. 97. 98. S. 207.

Anlangend endlich

γ) das Verlangen des Widerklägers, daß ihm die vom Stadtgerichte unter III. B. normirten Beweise als Replikenbeweise nachgelassen worden, so ist dem vom Widerbeklagten ein besonderer Widerspruch nicht entgegengesetzt, und waltet dagegen, soviel die zweite und dritte Alternative anlangt, kein Bedenken ob.

Der Beweis der ersten Alternative dagegen mußte, da sie auf einen der fraglichen Exceptionalbehauptung geradezu widersprechenden Inhalt der ursprünglichen Verabredung geht, als zum direkten Gegenbeweise gehörig betrachtet werden.

D. Die vierte Beschwerde: daß nicht (statt der an den Bekl. unter II. des Stadtgerichts-Erkenntnisses erlassenen Auflage zur Zahlung der den Gegenstand der Vorklage bildenden fl. 3100) höchstens die gerichtliche Hinterlegung dieser Geldsumme verfügt, oder doch der Gegner zu einer cautio de restituendo hätte angehalten werden sollen, stellt sich als unstatthaft dar. Appellant hat in voriger Instanz eine derartige Verfügung weder ausdrücklich beantragt, noch kann dieser Antrag als in der auf Aufhebung der Verurtheilung und Abweisung der Klage gerichteten Principal-Beschwerde stillschweigend mitbegriffen angesehen werden. Das Appellationsgericht konnte bei seinem Erkenntnisse davon, daß Appellant, wenn er nicht die gebetene Klagabweisung erhalte, dann wenigstens die hervorgehobene Modification der Verurtheilung begehre, um so weniger ausgehen, als nicht einmal ein darauf gerichteter Antrag des Appellanten in erster Instanz vorlag.

E. Zweifelhafter ist es allerdings, ob auch die fünfte Beschwerde für unstatthaft zu erachten, mit welcher Appellant die Beseitigung der durch die Behauptung des Gegners, daß er den fraglichen Vertrag mit dem Kläger und Hermann Blumenthal abgeschlossen veranlaßten Beweisauflage unter III. A. des Stadtgerichts-Erkenntnisses, eventuell eine Aenderung der Beweislast beantragt. Für die Zulässigkeit dieser ausdrücklich in voriger Instanz nicht aufgestellten Beschwerde ließe sich anführen, daß eine Zurück-

weisung der Vorklage auf Grund der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, sowie eine Verurtheilung des Gegners in der Widerklage — worauf Appellant beim Appellationsgerichte principaliter angetragen hatte — nicht eintreten konnte, wenn der von dem Gegner aus der Betheiligung des Blumenthal an dem in Rede stehenden Geschäfte hergenommene Einwand erst noch die Auflegung oder Nachlassung eines Beweises erforderlich machte, und daß daher das Appellationsgericht in Folge der principalen Beschwerde möglicherweise in die Lage hätte kommen können, auch jenen Einwand in den Kreis seiner Beurtheilung ziehen zu müssen. Allein das genannte Gericht ist hierauf durch seine Beurtheilung der principalen Beschwerde nicht geführt worden, und auch für das Ober=Appellationsgericht bot diese letztere Beschwerde, soweit sie mittelst grav. II. in die gegenwärtige Instanz verfolgt worden, überall keinen Anlaß dar, auf jenen Punkt einzugehen. Es kann sich daher nur fragen, ob die dermalige fünfte Beschwerde als eine eventuelle bereits stillschweigend in den in voriger Instanz aufgestellten Beschwerden mitbegriffen war. Dieß muß aber, nach Fassung dieser letzteren, verneint werden. Appellant hat mit dem principalen, auf Abweisung der Vorklage und Verurtheilung des Gegners in der Widerklage gestellten Begehren sofort bestimmte eventuelle Anträge verbunden, und da diese sich nur auf die Beweise unter III. B. und in keiner Weise auf den hiervon trennbaren und auch äußerlich getrennten Punkt, der den Gegenstand der Beweisauflage unter III. A. des Stadtgerichts=Erkenntnisses bildet, sich bezogen, muß angenommen werden, daß er nur jene erstgedachten Beweise zum Gegenstande besonderer eventuellen Beschwerden machen, für den Fall also, daß er mit seiner principalen Beschwerde nicht durchdringen und die gebetene sofortige Abweisung der Vor= und Verurtheilung in der Widerklage nicht sollte erlangen können, bei der Beweisauflage unter III. A. sich beruhigen wollte. Es kann daher dieser Punkt zum Gegenstand einer selbstständigen Beschwerde in jetziger Instanz nicht mehr gemacht werden.

F. Mit der sechsten Beschwerde, welche Widerkläger darüber erhoben hat, daß er mit seiner Behauptung: Blumenthal habe ihn zum alleinigen gerichtlichen und außergerichtlichen Auftreten ermächtigt, nicht gehört worden — verhält es sich ganz ebenso, wie mit

grav. V. Auch mit dieser sechsten Beschwerde bezweckt Appellant eine Beseitigung der Beweisauflage unter III. A. des Stadtgerichts-Erkenntnisses, eventuell die Zulassung zu einem andern Beweise in Beziehung auf den hier in Rede stehenden Punkt; und auch hier steht es ihm entgegen, daß er seine eventuellen Anträge in voriger Instanz auf die pos. III. B. des mehrgedachten Erkenntnisses beschränkt hat.

Muß es diesemnach — der Unstatthaftigkeit der dagegen gerichteten Beschwerden wegen — bei der Beweisauflage des Stadtgerichts-Erkenntnisses unter III. A. sein Bewenden haben, so versteht es sich von selbst, daß der in Folge der dritten Beschwerde jetzt noch dem Widerbeklagten nachzulassende Einrede-Beweis zu jenem den Klaggrund betreffenden Beweise des Widerklägers in ein eventuelles Verhältniß tritt.

G. Die Kosten erster Instanz müssen ausgesetzt bleiben, diejenigen der vorigen und gegenwärtigen aber sind, der ergehenden Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses wegen, zu vergleichen.

138.

J. H. B., Kläger gegen **S. H. B.**, Beklagten, Miethverhältnisse, jetzt geführten Beweis betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 21. November 1857.

Der Beklagte hat gegenwärtig seine beiden Beschwerden voriger Instanz wiederholt, wovon die erste dahin geht:

> daß der klägerische Beweis bis zum Erfüllungseide für erbracht erkannt, der Gegenbeweis verworfen und Beklagter in die Kosten verurtheilt worden sei;

die zweite gegen die Verwerfung des in erster Instanz zur weiteren Entkräftung des klägerischen Beweises angebrachten Restitutionsgesuches gerichtet ist.

Die erste Beschwerde hat nicht für völlig unbegründet erachtet werden können, weßhalb auf die nur eventuell gestellte zweite Beschwerde und die damit in voriger Instanz verbundenen ergänzenden Anträge überall nicht eingegangen zu werden brauchte.

Das Resultat des klägerischen Beweises konnte nämlich nicht so günstig beurtheilt werden, als es in den beiden vorigen Instanzen geschehen ist. Zwar war mit denselben

1) unbedenklich davon auszugehen, daß die Aussagen der klägerischen Zeugen volle Berücksichtigung verdienen, ungeachtet sie sich auf andere, als die in der Beweisantretung ihnen vorgelegten Thatsachen, nämlich auf Aeußerungen der beklagtischen Ehefrau, statt auf Aeußerungen des Beklagten selbst, beziehen. Im Allgemeinen genügt in dieser Hinsicht eine Verweisung auf die Entscheidungsgründe des vorigen Erkenntnisses, und es ist nur noch hinzuzufügen, daß das Ober-Appellationsgericht sich gerade für Frankfurt schon in einer früheren Sache:

Weismantel ca. May Erben — Mai 1853 *)
hauptsächlich wegen der Allgemeinheit des in der Ref. I. Tit. 32. § 4. vorgeschriebenen Zeugeneides, sowie wegen des im Gesetz vom 23. Mai 1848 eingeführten Verfahrens bei Zeugenvernehmungen, für die Berücksichtigung einer über das speciell vorgelegte Beweisthema hinausreichenden Zeugenaussage ausgesprochen hat. Allerdings kann, wie in diesem Präjudicat bemerkt wurde, ein Zeuge sich unter Umständen dadurch verdächtig machen, daß er etwas aussagt, wonach er nicht gefragt worden ist. Im vorliegenden Fall ist aber durchaus kein Grund zu einer solchen Annahme vorhanden. Denn es lag so nahe, daß die Zeugen, wenn sie eine Aeußerung über geschehene Kündigung zwar nicht vom Beklagten selbst, wohl aber von dessen, offene Wirthschaft mit ihm führenden Ehefrau vernommen hatten, diese aus freien Stücken zur Sprache brachten, und es schloß sich diese Aussage so natürlich an die ihnen vorgelegte, von zwei Zeugen auch erst ausdrücklich beantwortete Frage an, daß das Uebergehen darauf, auch ohne gerichtliche Aufforderung zu allgemeiner Eröffnung ihrer Wissenschaft, aus dem Bestreben nach Erstattung einer möglichst vollständigen Wahrheitsangabe hinlänglich erklärlich erscheint.

2) Auch hinsichtlich der sonstigen Glaubwürdigkeit der Zeugen konnte den Ansichten des Beklagten nur in geringem Maaße beigepflichtet werden. Aus den im vorigen Erkenntnisse ausgeführten Gründen sind die beiden Zeugen Cr. und S. als classische anzuerkennen, und nur bei den Zeugen L. und Sch. kann diese Eigenschaft in Frage gestellt werden. Beide stehen ihrer eigenen Angabe nach mit dem Kläger in freundschaftlichem Verhältniß. Indessen ist doch nur eine besonders enge und vertraute Freundschaft geeignet, die Unpartheilichkeit eines Zeugen in Zweifel zu setzen, und dieser Verdachtsgrund trifft nur den Zeugen L., welcher zugegeben hat, mit dem Kläger sehr befreundet zu sein. Außerdem hat der Beklagte versucht, durch ein nachträgliches Vorbringen in zweiter Instanz die Glaubwürdigkeit derselben beiden Zeugen zu entkräften.

Dieses Vorbringen läßt sich nun zwar, soweit es gleichzeitig nachgewiesen worden, formell nicht beanstanden. Denn wiewohl es

*) Siehe Seite 351.

an sich nur bis zum Deductionsverfahren gestattet sein kann, Einwendungen gegen die Glaubwürdigkeit von Zeugen vorzubringen und darzuthun,

Präjud. in Frankfurter-Sachen:

Hitzel ca. Söldner, December 1856.*)

van der Laat ca. Weisser — Januar 1857.**)

so kommt doch hier dem Beklagten das beneficium novorum zu Statten, welches in Frankfurt für die zweite Instanz nicht an die besonderen Bedingungen des § 130 der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung gebunden ist, vielmehr auf Grund der Provocations-Ordnung von 1788 § 10 allgemein die Benutzung neuer Umstände für das Beweisverfahren möglich macht, wobei es nur dem richterlichen Ermessen anheimgestellt bleibt, den Verdacht geflissentlicher Verzögerung durch Auferlegung eines Calumnieneides beseitigen zu lassen.

Masson ca. Cronberger, Februar 1836.

Gebrüder Blavet ca. Mumm, Juni 1837***).

de Lisle (Hartfus Erben) ca. Münch, Januar 1845†).

Da nun der Beklagte und sein Anwalt in Bezug auf den ganzen Inhalt der Appellationsschrift zweiter Instanz den Calumnieneid abgeleistet haben, so steht der Berücksichtigung der nova nichts entgegen. Allein es fehlt am Beweise der für die Verwerflichkeit beider Zeugen geltend gemachten Umstände. Zeuge L. wird vom Beklagten beschuldigt, bei einem auf Unterdrückung und Entstellung der Wahrheit gerichteten Verfahren des Klägers gegen seine Ehefrau in den Jahren 1840—1843 mitgewirkt zu haben. Die deßhalb adjungirten Acten ergeben aber, daß L. eine solche, durch die Selbstanklage des klägerischen Buchhalters E. allerdings indicirte Theilnahme geläugnet hat und derselben nicht überführt worden ist, und nur soviel ist aus jenen Acten zu ersehen, daß L. schon zu der angegebenen Zeit in einem vertrauten Verhältniß zum Kläger gestanden haben muß, indem er unter Anderem selbst eine von E. verfertigte Uebersicht über den Vermögensstand des Klägers verbessert haben will, was dazu dient, den aus der Freundschaft hergenommenen

---

*) Siehe Bd. III. S. 22. **) S. Bd. III. Siehe 73 ff. ***) Siehe Seite 353. †) Siehe Seite 355.

Verdachtsgrund zu bestärken. Nun hat freilich der Beklagte sich erboten, nöthigenfalls noch nachzuweisen, daß L. an einer betrügerischen Veränderung der klägerischen Bücher sich mit Rath und That betheiligt habe. Auf dieses allgemeine Erbieten kann jedoch keine Rücksicht genommen werden, da das beneficium novorum nicht weiter führen kann, als den Appellanten in die Lage zurückzuversetzen, in welcher er sich in erster Instanz vor der Präclusion — also vor der mündlichen Schlußverhandlung vom 12. März 1855 — befand, hier aber der Beklagte mit der nachträglichen Einrede gegen den Zeugen nur unter gleichzeitiger specieller Beweisantretung darüber hätte gehört werden können.

Siehe das angeführte Präjudicat.

v. d. Laat ca. Weisser — Januar 1857.*)

Gegen den Zeugen Sch. hat der Beklagte geltend gemacht, daß derselbe sich in einem für seine Gläubiger höchst nachtheiligen Fallitzustande befinde, und zwar mindestens durch eigenes Verschulden. Den Fallitzustand des Zeugen hat der Kläger nicht in Abrede gestellt. Ueber die näheren Umstände des Fallissements und über das angebliche Verschulden des Zeugen hat aber der Beklagte keinen Beweis beigebracht, und in der Thatsache des Fallitzustandes allein kann noch kein Verdachtsgrund gefunden werden.

Die beiden Zeugen L. und Sch. sind daher keineswegs unglaubwürdig und nur der Erstere von ihnen war für verdächtig zu halten.

Dieses Ergebnisses ungeachtet konnte aber

3) schon der Nachweis, daß die beklagtische Ehefrau während des Vierteljahres vor dem 1. April 1854 erklärt habe, es sei ihr (oder ihnen) vom Kläger gekündigt worden, nicht für vollständig erbracht angesehen werden, wie dieß auch in der Sent. a qua nicht geschehen ist. Es kann dahingestellt bleiben, ob durch eine singularitas testium adminiculans überhaupt ein voller Beweis hergestellt zu werden vermag. Denn jedenfalls würde dazu doch immer eine größere Zahl untadelhafter Zeugen erfordert werden müssen, um die Richtigkeit der Beobachtung des Einzelnen durch die gleiche Beobachtung der Anderen für so weit unterstützt erachten zu können, daß

*) Siehe Bd. III. Seite 73.

das Zusammentreffen zweier Zeugen in der Wahrnehmung der nämlichen Thatsache dadurch ersetzt werde.

Vergl. Wetzell, System I. S. 136 not. 75.

Diesem Erforderniß ist hier nicht entsprochen, da nur 4 Zeugen-Aussagen für eine gleichartige Wahrnehmung zu verschiedener Zeit vorliegen, von denen eine nicht einmal als vollkommen glaubwürdig sich herausgestellt hat.

Hauptsächlich entscheidend ist aber

4) daß die bekundeten Aeußerungen der beklagtischen Ehefrau den Umständen nach nicht geeignet sind, für das Beweisthema selbst, die Kündigung des Klägers im Januar 1854, eine überwiegende Wahrscheinlichkeit zu begründen.

Allerdings können die fraglichen Aeußerungen nicht etwa bloß als unbeschworne außergerichtliche Zeugen-Aussagen, welche für den Beweis ganz werthlos sein würden, aufgefaßt werden. Bei dem engen Verhältniß zwischen dem Beklagten und seiner Ehefrau überhaupt, bei der völligen Gleichheit ihrer rechtlichen und factischen Interessen hinsichtlich des in Rede stehenden Miethverhältnisses insbesondere, sowie bei dem Umstand, daß es sich nach dem rechtskräftigen Beweissatz gerade um eine an die Ehefrau ergangene Kündigung handelt, sie also die beste Wissenschaft darüber haben mußte, läßt sich vielmehr nicht verkennen, daß ihre Erklärungen, insofern sie eine ihr und ihrem Manne zum Nachtheil gereichende Thatsache bestätigten, eine innere Wahrscheinlichkeit für ihre Richtigkeit darzubieten vermögen. Diesen Erklärungen die Eigenschaft und Wirkung eines wahren Geständnisses für die jetzige Prozeßsache beizulegen, erscheint freilich bedenklich, da die beklagtische Ehefrau weder selbst Parthei ist, noch der Beklagte an alle ihre Handlungen ohne Weiteres für rechtlich gebunden erachtet werden kann. Vielmehr würden die fraglichen Aeußerungen nach allgemeinen Grundsätzen nur als thatsächliche Grundlage zu richterlicher Schlußfolgerung, als factische Vermuthungen anzusehen sein. Indessen ändert es am Resultat nichts, wenn man in ihnen auch mit der Sent. a qua ein außergerichtliches Geständniß finden will. Nach der einen, wie nach der anderen Auffassung hängt der Grad der Beweiskraft immer davon ab, inwieweit bei der beklagtischen Ehefrau der Wille, etwas Nach-

theiliges einzuräumen, vorausgesetzt werden durfte. Nun läßt sich ein ernstlicher Wille der Art bei bloß gelegentlich gegen dritte unbetheiligte Personen gemachten Aeußerungen schon im Allgemeinen durchaus nicht mit Sicherheit annehmen, es müßten vielmehr besondere Gründe dafür sprechen, daß es dem Urheber auf eine präcise Ausdrucksweise angekommen sei. Im vorliegenden Falle kommt aber im Gegentheil hinzu, das die Personen, gegen welche sich beklagtische Ehefrau in der angegebenen Weise geäußert haben soll, gar kein Interesse haben konnten, über die Thatsache der Kündigung des Klägers den bestimmten und genauen Sachverhalt zu erfahren, sondern nur etwa das Interesse, zu hören, daß der Beklagte sich in der Nothwendigkeit befinde, bis zum October 1854 ausziehen und eine andere Wohnung suchen zu müssen, beklagtische Ehefrau konnte daher sehr wohl, ohne es mit der Auskunft über eine bereits geschehene Kündigung genau zu nehmen, diese Nothwendigkeit zum Gegenstand des Gesprächs gegen Dritte machen, und sich ganz in der bekundeten Weise ausdrücken, wenn sie nur in der entschiedenen Erwartung stand, daß ihnen im Laufe des Vierteljahrs werde gekündigt werden. Daß sie aber eine solche Erwartung hegen konnte, dafür liegt den Umständen nach eine hohe Wahrscheinlichkeit vor. Der Kläger hat selbst von Anfang an behauptet, daß er schon vor dem Januar 1854 das Local anderweitig an den Abendverein vom 1. October ab fest vermiethet gehabt habe, welche Thatsache auch der Beklagte nach den in zweiter Instanz dafür beigebrachten Documenten nicht weiter bestritten hat. Außerdem sind beide Partheien darüber einverstanden, daß beklagtische Ehefrau, als sie im Januar 1854 dem Kläger den Miethzins überbrachte, sich bei demselben erkundigte, ob es wahr sei, daß die Wohnung anderweitig vermiethet wäre. Es war ihr also schon damals das wohlbegründete Gerücht zugekommen, daß das Local vom 1. October an weiter vermiethet sei, und dieses konnte sie ungeachtet einer ausweichenden Antwort des Klägers sehr wohl veranlassen, sich die Nothwendigkeit des demnächstigen Ausziehens vorzuhalten. Damit verlieren aber ihre Aeußerungen sehr wesentlich an Beweiskraft, zumal wenn man erwägt, daß nach allen Zeugenaussagen die Nothwendigkeit des Ausziehens einen ausdrücklichen Gegenstand des Gesprächs bildete, und nach dreien derselben (Zeuge

Sch. macht allein eine Ausnahme hiervon) der geschehenen Kündigung dabei nur ganz allgemein gedacht wurde, so daß die Aeußerung der beklagtischen Ehefrau ganz erklärlich ist, wenn sie jene Nothwendigkeit kurz motiviren wollte, ohne sich ganz Unbetheiligten gegenüber auf eine umständlichere Auseinandersetzung der eigentlichen Sachlage einzulassen. Bleibt es danach sehr zweifelhaft, ob die Erwähnung der Kündigung sich auf eine bestimmte Thatsache beziehen sollte, so verliert auch die öftere Wiederholung der Aeußerung, worauf das Ergebniß der Zeugen-Aussagen hindeutet, die ihr sonst zu Gunsten des animus confitendi zukommende Bedeutung.

5) Wie der vom Beklagten versuchte Gegenbeweis aus den Gründen des vorigen Erkenntnisses, und da die rein hypothetische Aeußerung S. 11. in fin. der Vernehmlassung erster Instanz ohnehin kein stillschweigendes Zugeständniß nach sich ziehen konnte, für gänzlich verfehlt erachtet werden mußte, so hat andererseits auch der Kläger sich in voriger Instanz mit Unrecht auf den schon erwähnten Umstand berufen, daß er bereits im December 1853 das Local dem Abendverein weiter vermiethet habe, es daher sehr unwahrscheinlich sei, daß er im Januar 1854 der beklagtischen Ehefrau auf ihre Anfrage eine ausweichende Antwort ertheilt haben sollte. Man braucht nicht mit dem vorigen Erkenntnisse auf die Möglichkeit Rücksicht zu nehmen, daß der Kläger seine Gesinnung geändert und eine Wiederauflösung des eben abgeschlossenen Miethvertrages beabsichtigt haben könne. Es genügt vielmehr die Erwägung, daß der Kläger damals nicht nöthig hatte zu kündigen, daß ihm dazu beinahe noch ein ganzes Vierteljahr offen stand, und er die mannichfachsten Gründe haben konnte, sich gegen die beklagtische Ehefrau nicht sofort bestimmt zu erklären. Ueberdieß würde aber die vom Kläger behauptete Vermuthung auch nur dann einigen Werth haben, wenn eine weitere Kündigung von seiner Seite n i c h t erfolgt wäre, während er doch am 1. April eine Kündigung vorgenommen hat, und mit Entschiedenheit davon ausgegangen ist, daß dieselbe noch zeitig genug sei, um den Beklagten zum Ausziehen am 1. October zu verpflichten.

Nach dem Allen liegt zu Gunsten des Klägers nicht mehr vor, als eine überwiegend wahrscheinlich gemachte außergerichtliche Aeußerung der Ehefrau des Beklagten, welche selbst, wenn sie zur Gewiß-

heit gebracht wäre, nur einen höchst unvollständigen Beweis liefern würde. Damit sinkt aber das Beweis-Ergebniß entschieden unter den Grad, welcher für die Zuerkennung eines Erfüllungseides erforderlich ist, und wenngleich von einem gänzlichen Mißlingen des Beweises und einem Zurückgehen auf den Schiedseid, wie es der Beklagte principaliter verlangt, nicht die Rede sein konnte, so war doch bei dieser Lage der Sache nur ein Reinigungs-Eid für gerechtfertigt und insoweit die Beschwerde für begründet zu achten. Nun würde zwar der Kläger aus eigener Wissenschaft schwören können, während der Beklagte nur in der Lage ist, einen Glaubenseid abzuleisten. Allein bei Zuerkennung des richterlichen Eides kommt das objective Beweis-Ergebniß in erster Linie in Betracht, so daß die bessere Wissenschaft einer Parthei nicht berücksichtigt werden kann, wenn jenes Ergebniß entschieden zu ihren Ungunsten ausgefallen war, sondern nur dann den Ausschlag gibt, wenn die Abwägung der gelieferten Wahrscheinlichkeit nach beiden Seiten hin eine zweifelhafte ist.

Die Folgen der Ableistung oder Nichtableistung des zuerkannten Reinigungs-Eides, sowohl in der Sache selbst, als wegen der Prozeßkosten erster Instanz, waren dem in dieser Hinsicht nicht angefochtenen stadtgerichtlichen Erkenntniß gemäß auszusprechen. Die Kosten voriger Instanz aber waren, mit Ausnahme der durch die Actenversendung veranlaßten, gleich den Kosten jetziger Instanz wegen der abändernden Entscheidung in der Hauptsache zu compensiren.

Auszug aus den Seite 345 und 346 angezogenen Entscheidungen in Sachen:

1. **Weismantel** ca. **May Erben.** 1853.

Es kann den Beklagten darin nicht beigepflichtet werden, daß der Zeuge Geibel gar nicht berücksichtigt werden dürfe, weil derselbe zu dem die Schenkung betreffenden Beweissatz nicht als Zeuge vorgeschlagen sei. Denn wenn ein mehrere Punkte umfassender Beweis in der Art durch Zeugen angetreten worden ist, daß zu jedem Punkte besondere Zeugen denominirt wurden, so kann zwar,

im Falle der Zeugeneid speciell bloß auf den Gegenstand gerichtet war, worüber der einzelne Zeuge vorgeschlagen ist, die darüber hinausgehende Aussage eines Zeugen als unbeeidigt keinen Glauben verdienen

C. 29 X. de testibus.

Geht dagegen der Zeugeneid, wie in Frankfurt vermöge der

Ref. I. Tit. 32, § 4.

allgemein darauf, daß der Zeuge in der Sache, worin er vernommen werde, die Wahrheit sagen und nichts davon verschweigen wolle, so würde die gleich strenge Sonderung dem Beobachten einer bloßen Form ein ungebührliches Gewicht auf Kosten des materiellen Rechtes einräumen und eine große Unbilligkeit gegen den Beweisführer zur Folge haben, welcher häufig nicht weiß und nicht wissen kann, was einem Zeugen über gewisse Vorgänge in ihrem Detail bekannt ist. Vielmehr muß in solchem Falle der Richter für befugt gehalten werden, die gesammten Zeugenaussagen für alle Punkte des Beweises zu benutzen, und wenn dieß schon gemeinrechtlich die Autorität angesehener Prozessualisten für sich hat,

Strube, rechtl. Bedenken, Band IV. Nr. 199. (ed. Spangenberg Nr. 721).

Danz, ordentl. Prozeß, ed. Gönner, § 311 Note e.

Martin, Civilprozeß, § 200. Note k.

Linde, Civilprozeß, § 269 Note 10. —

so ist es nach dem für Frankfurt durch das Gesetz vom 23. Mai 1848 eingeführten Verfahren bei Zeugenvernehmungen um so unbedenklicher, als hier den Partheien und ihren Vertretern gestattet ist, der Vernehmung beizuwohnen und Fragen zu stellen, dem Producten daher Gelegenheit bleibt, unerwartet zur Sprache kommende Thatsachen erläutern und etwa darauf bezügliche besondere Einreden gegen den Zeugen feststellen zu lassen. Allerdings kann nun unter Umständen ein Zeuge sich dadurch verdächtig machen, daß er etwas aussagt, wonach er nicht gefragt worden ist, und dem Producten muß es unbenommen sein, dies im Impugnationsverfahren geltend zu machen. Allein im vorliegenden Fall kann davon nicht die Rede sein.

2. Gebr. Blavet ca. Mumm. 1837.

Dahingegen

4) war der Beklagte mit besserem Beweise in Folge des in der Appellationsinstanz zustehenden beneficii nondum probata probandi zuzulassen,

R. K. Ger. Ordn. Thl. 3 Tit. 33 §. 3.
J. R. Abschn. § 73.

worauf er sich schon in der vorigen Instanz berufen hat.

Denn zum Gebrauche dieses beneficii genügt es nach den angeführten gemeinrechtlichen Bestimmungen — welche hier ohne Rücksicht auf den, nur für das neue Vorbringen beim Ober-Appellationsgerichte geltenden § 130 der Ordnung zur Anwendung kommen — daß der Beklagte die neuen Beweismittel in erster Instanz, also zur Zeit der Beweisantretung im Jahr 1813 und während des Laufs der damaligen Beweisfrist, nicht für nöthig oder dienlich geachtet hat, und einer — von dem Kläger auch nicht begehrten — eidlichen Erhärtung dieses letzteren Umstandes bedarf es nicht, da solche in Frankfurt nach

dem § 10 der Provocations-Ordnung vom 22. Juli 1788,

welcher zwar zunächst von der Revision redet, jedoch ohne Zweifel auch auf die Appellation anzuwenden ist,

Vergl. §. 131, Satz 2 der Gerichts-Ordnung für das Ober-Appellationsgericht

vom richterlichen Ermessen abhängt, in dem vorliegenden Falle aber es alle Wahrscheinlichkeit hat, daß der Beklagte im Jahr 1813, wo die Weine noch vorhanden waren, den Beweis durch Sachverständige für ausreichend gehalten habe.

Der Ablauf der in erster Instanz vorgeschriebenen peremtorischen Beweisfrist steht der Zulassung zu jenem beneficium nicht entgegen.

Stryk, Diss. Hal. Vol. II. Diss. 16. c. 3. No. 17 seq.
Cannegießer, decision I. dec. 28.
Gönner, Handbuch des Prozesses, Theil 3, Abhandl. 60, §. 18, No. 2.

von Almendingen, Metaphysik des Civil-Prozesses S. 132 ff.

Denn in den angezogenen Reichsgesetzen findet sich eine Beschränkung dieser Art nicht und der für dieselbe angeführte Grund, daß jene Gesetze ein Verfahren erster Instanz ohne peremtorische Beweisfrist vorausgesetzt hätten, ist unrichtig, da bekanntlich in einem großen Theile von Deutschland, namentlich in den vielen Ländern, welche dem sächsischen Rechte folgten,

Carpzov, definit. for. const. 1 def. 16.

längst vor dem J. R. Absch. durch Particularrecht peremtorische Beweisfristen eingeführt waren, nun aber die obigen Reichsgesetze, welche die von den deutschen Landesgerichten an das Reichs-Kammergericht gelangenden Appellationssachen betreffen, das in den deutschen Ländern damals wirklich stattfindende und nicht bloß das gemeinrechtliche Verfahren erster Instanz voraussetzten, wozu für Frankfurt noch der besondere Grund kommt, daß auch die dortige Provocations-Ordnung von 1788 im § 10, das beneficium novorum unbeschränkt gestattet, obgleich in Frankfurt schon seit früher Zeit die Festsetzung von peremtorischen Beweisfristen in erster Instanz vorgeschrieben war,

Reform. Theil 1. Tit. 22. § 3.
Tit. 28. § 3.
Tit. 31. § 1.
verbunden mit Orth, 4te Forts. S. 550.

Am wenigsten kann dieß in dem hier vorliegenden Falle, wo in erster Instanz kein Präclusivdecret ergangen ist, ein Bedenken haben, da in diesem Falle selbst mehrere derjenigen Schriftsteller, welche der entgegengesetzten Meinung sind, den Gebrauch des beneficii novorum gestatten,

Engelbrecht, observat. obs. 59 not. 2.
Linde, von den Rechtsmitteln, I. pag. 510.

In dem Wege des beneficii nondum probata probandi konnte jedoch der Beklagte nur mit denjenigen Beweismitteln zugelassen werden, welche er bereits in der vorigen Instanz speciell angegeben hat, also mit der Abhörung der schon im Jahr 1813 benannten Zeugen über andere, die Qualität der Weine in den Fässern No. 11 bis 14 betreffende Beweisartikel, und mit dem Antrage auf die

Edition der auf diese Weine bezüglichen Notizen in den Handlungsbüchern des Klägers und sonstigen in seinem Besitze befindlichen Papiere. Denn diese specielle Angabe ist theils in

dem gemachten Bescheid des Reichs-Kammergerichts vom 13. December 1593, verb. „und welchergestalt er besser zu beweisen gedenke" —

ausdrücklich vorgeschrieben, welcher durch

den § 64 des J. R. A.

— wenngleich mit einer unrichtigen Angabe des Datums — seinem ganzen Inhalte nach, wiewohl ohne besondere Wiederholung jener Worte, wieder in Kraft gesetzt worden ist, theils folgt dieselbe schon daraus, daß bei dem beneficium nondum probata probandi die neuen Beweismittel zu der Rechtfertigung der Appellation gehören, also binnen der Rechtfertigungsfrist gehörig vorgetragen werden müssen.

3. de L'Isle (Hartfuß) ca. Münch. 1845.

b) Ebenso wenig konnte es Bedenken haben, die in der zweiten Instanz beigebrachten Nova für formell zulässig zu erklären, da nach den vom Ober-Appellationsgerichte namentlich in Frankfurter Sachen befolgten Grundsätzen das beneficium novorum der Appellations-Instanz gerade die Wirkung hat, daß der Ablauf der nur für die erste Instanz präfigirten Beweisfrist nicht entgegensteht, und daß neue Beweismittel in appellatorio noch zulässig sind, ohne daß es einer restitutio wider den Ablauf der Beweisfrist bedarf. — Auch kann

c) die Verwerfung dieser Nova nicht etwa deßhalb stattfinden, weil sich die Appellanten nicht in voriger Instanz zu dem im J. R. A. § 73 vorgeschriebenen Eide sofort bei Einführung der Appellation, wie es dort vorgeschrieben ist, erboten haben, denn theils würde, selbst wenn diese Vorschrift des gemeinen Rechts in Frankfurt in zweiter Instanz zur Anwendung käme, diese Unterlassung noch nicht den Verlust des beneficium novorum zur Folge haben, da sich die Appellanten doch in jetziger Instanz zur Ableistung des Eides bereit erklärt haben, theils ist auch in Frankfurt durch den § 10 der Provocations-Ordnung von 1788 dem richterlichen Ermessen anheimgestellt, ob dem Revidenten oder seinem Sachführer ein juramentum

calumniae aufgelegt werden, oder die Zulassung mit den Novis ohne Weiteres erfolgen soll, wohingegen die im § 15 daselbst enthaltene Vorschrift über die Nothwendigkeit der Erbietung zum Eide auf den vorliegenden Fall gar keine Anwendung finden kann, weil dieser Paragraph sich nur auf die restitutio contra rem judicatam ex capite novorum bezieht. Da nun im vorliegenden Falle durchaus kein Grund zum Verdachte obwaltet, daß die Appellanten mit ihrem neuen Vorbringen geflissentlich bis zur zweiten Instanz zurückgehalten hätten, so schien es angemessen, die Zulassung der Nova auszusprechen, ohne dieselbe von einem vorgängig abzuleistenden Eide abhängig zu machen.

139.

Ch. Christofle & Comp. zu Paris, Liquidanten und Widerbeklagte, gegen den Curator und Contradictor der **L. F. Bayha**'schen Debitmasse, Liquidaten und Widerklägern, Waarenschuld und Gegenforderungen betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 15. Februar 1856.

In Erwägung daß

1) — — — — — — — — — — — — — — — —

2) — — — — — — — — — — — — — — — —

3) die angemeldete Forderung von Frcs 657. 5 Cts. bis auf die darin enthaltenen Beträge von Frcs. 12. 10 Cent., Frcs. 12. 35 Cent. und Frcs. 9. 35 Cent. für Protestkosten und Retourspesen anerkannt worden ist,

4) was die vorgedachten Beträge betrifft, Liquidat die Befugniß der Liquidantin, für ihre verschiedenen Guthaben auf den Gemeinschuldner Wechsel in den entsprechenden Summen zu ziehen, nicht bestritten, jedoch sich deßhalb geweigert hat, die Abrechnung der durch die Nichthonorirung seiner Tratten entstandenen Kosten geschehen zu lassen, weil der Gemeinschuldner zur Zeit der Trassirungen bedeutende Gegenforderungen an die Liquidantin gehabt und daher derselben damals nichts mehr geschuldet habe,

5) zur Begründung der vorgedachten Gegenforderungen von Seiten des Liquidaten angeführt worden ist:

a) die Geschäfte zwischen dem Gemeinschuldner und der Liquidantin habe deren Reisender A. Leon Levèque vermittelt, welcher im Februar 1854 in das Gasthaus des Gemeinschuldners gekommen sei, dort fast den ganzen Sommer gewohnt und den darin befindlichen Saal längere Zeit zur Ausstellung einer Parthie der Fabrikate der Liquidantin benutzt habe,

b) Levèque habe nach seiner Versicherung von der Liquidantin

Ermächtigung zum Abschluß von Verträgen, Regulirung der Zahlung und Empfangnahme des Kaufpreises gehabt, wonach der Kaufpreis und die Zahlung der bezüglichen Bestellungen lediglich zwischen dem Gemeinschuldner und Levèque vereinbart worden seien, und es hätten dessen über die fraglichen Sendungen ertheilten Facturen die lithographirte Ueberschrift:

Société Ch. Christofle & Comp. A. Leon Levèque, Representant en Allemagne,

getragen.

c) Da nun Levèque die von ihm repräsentirte Liquidantin in activer und passiver Beziehung zu vertreten gehabt, so müsse dieselbe auch für alle Verbindlichkeiten, welche Levèque in seiner gedachten Stellung übernommen habe, verantwortlich sein,

d) der Gemeinschuldner habe die von Levèque auf ihn gezogenen, mit dem der vorher unter b erwähnten Ueberschrift übereinstimmenden Stempel versehenen Wechsel [5] [6] [7] act. von Frcs. 500, Frcs. 500 und Frcs. 259, per 1. Juni, 5. August und 15. September 1854 zahlbar, im Gesammtbetrage von fl. 659 eingelöst, damit ihm diese Summe auf die bereits erhaltenen und die noch später erfolgenden Sendungen der Liquidantin in Rechnung gebracht würden, wonach der Gemeinschuldner unter Hinzufügung der direkt geleisteten Zahlungen von fl. 374. 30 kr. im September 1854 mit fl. 388. 9 kr. in Vorschuß geblieben und daher nicht verbunden gewesen sei, die späterhin auf ihn gezogenen, vorstehend unter 4 erwähnten Tratten zu honoriren,

e) überdieß habe Levèque als Repräsentant der liquidantischen Handlung drei Tratten auf Lemarties in Paris, eine jede von Frcs. 500 pro 1, 7. und 10. October 1854 an den Gemeinschuldner verkauft und von diesem baar bezahlt erhalten, deren Beträge, nachdem die Tratten nicht eingelöst worden, der Gemeinschuldner späterhin nach den Retourrechnungen [14] [15] [16] nebst Zinsen, Protestkosten und Spesen mit fl. 723. 14 kr. habe vergüten müssen

f) auch sei Levèque, welcher am 6. Februar bis zum 16. August 1854 bei dem Gemeinschuldner logirt, demselben den Betrag von fl. 568. 47 kr. schuldig geworden, so daß die Gegenforderung der Masse an die Liquidantin abzüglich des mit Frcs. 623. 25 Cent.

anerkannten Betrags der von derselben angemeldeten Forderung noch fl. 1698. 10 kr. ausmache, welche Summe Liquidat widerklagend in Anspruch nehme,

6) die liquidantische Handlung das Vorgeben des Liquidaten überall in Abrede gestellt und insbesondere behauptet hat, daß Levèque nur ihr Provisionsreisender gewesen sei, auch für andere Handlungshäuser Geschäfte gemacht und seine Reisekosten zu bestreiten gehabt habe, sowie daß derselbe nur ermächtigt gewesen sei, die lediglich von ihr effectuirten Bestellungen aufzunehmen, nicht aber Zahlungen dafür in Empfang zu nehmen und noch weniger sie durch Wechselgeschäfte zu obligiren,

7) hiernach und in Anbetracht, daß aus der Stellung des Levèque als Reisenden der liquidantischen Handlung an und für sich dessen Befugniß solche für anderweite mit jener Stellung nicht nothwendig verbundenen Geschäfte haftbar zu machen, so wenig zu folgern ist, als die Verbindlichkeit der Liquidantin für die Zehrungskosten des genannten Reisenden einzustehen, Liquidat als Grund seiner Compensations-Einrede und beziehungsweise Widerklage darzuthun hat, daß er entweder im Allgemeinen zur Eingehung derartiger Geschäfte und Verbindlichkeiten oder besonders zu den vorerwähnten von der Liquidantin ermächtigt gewesen sei, wobei er, insoweit er damit auszureichen gedenkt, sowohl auf den vorstehend unter 5, 6 erwähnten Umstand reccurriren, als sich der Urkunden [5] [6] [7] [14] [15] [16] mit bedienen kann, während es auch der Liquidantin freisteht, den von ihr angegebenen anderen Sachverhalt gegenbeweislich darzuthun, daß

8) übrigens der eventuelle Einwand der Liquidantin und Widerbeklagten, daß sie jedenfalls nicht verbunden sei, die verschwenderische Zeche ihres Reisenden zu bezahlen, als nicht gehörig substantiirt keine Berücksichtigung finden kann, da nicht angegeben worden ist, welche Posten der Rechnung in die behauptete Kategorie fallen sollen, und daß

9) die erst in der Schlußerklärung, beziehungsweise Gegenerklärung enthaltene Angabe des Liquidaten, daß die von ihm aufgeführten Seitens des Gemeinschuldners für Levèque geleisteten Zahlungen und die Zehrungskosten auch schon aus dem Gesichtspunkt einer

versio in rem der Liquidantin zur Last fallen müßten, als von dem ursprünglichen Klaggrund abweichend und verspätet vorgebracht nicht in Betracht kommen kann,

wird für Recht erkannt:

I. — — — — — — — — — — — — — — — — — —

II. — — — — — — — — — — — — — — — — — —

III. Liquidat und Widerkläger hat binnen vierzehn Tagen vorbehältlich des Gegenbeweises rechtsgenügend darzuthun:

A. daß der Reisende A. Leon Levèque von der Liquidantin und Widerbeklagten ermächtigt gewesen sei, die Wechsel [5] [6] [7] act. im Gesammtbetrag von fl. 679 auf den Gemeinschuldner zu ziehen und daß dieser solche eingelöst habe,

B. daß Levèque von der Liquidantin ermächtigt gewesen sei, drei Tratten auf Lemarties in Paris im Betrage von Frcs. 500 per 1., 7., 10. October 1854, zahlbar an den Gemeinschuldner, zu verkaufen und die Zahlung dafür zu empfangen, sowie daß Levèque diese Zahlung von dem Gemeinschuldner erhalten und daß dieser den Betrag der fraglichen Tratten, nebst Zinsen, Protestkosten und Spesen mit fl. 723. 14 kr. späterhin habe vergüten müssen,

C. daß Levèque von der Liquidantin ermächtigt gewesen sei, für ihre Rechnung bei dem Gemeinschuldner zu logiren und zu zehren, und daß die deßfallsigen Kosten 7568 fl. 47 kr. betragen haben,

womit nach dem Ergebniß der vorstehenden Beweise das weitere Rechtliche erkannt werden soll.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 25. April 1856.

Auf Appellation des Liquidaten.

Erkannt:

I. Die in dem angefochtenen stadtgerichtlichen Erkenntniß dem Apellanten sub A. bis C. gemachte Beweisauflage ist zwar an und

für sich und im Allgemeinen gerechtfertigt, es kommt jedoch dabei in Betracht:

1) zum Beweissatz A., daß die Einlösung der Tratten [5] [6] [7] act. prim. inst. durch Bayha seitens der Liquidanten nicht bestritten worden, auch durch die zu den Acten gekommenen quittirten Wechsel selbst sofort erwiesen, ein weiterer deßfallsiger Beweis daher überflüssig ist und

2) zum Beweissatz B., daß die durch Bayha geschehene Rückvergütung der von Lemartier nicht eingelösten Wechsel [8] [9] [10] weder an sich, noch deren in der Retourrechnung aufgeführter Betrag von fl. 723. 14 kr. seitens der Liquidanten in Abrede gestellt worden, der Liquidat daher insoweit mit dem betreffenden Beweis zu verschonen ist, wogegen es im Uebrigen bei der geschehenen Beweisauflage um so mehr sein Verbleiben hat, als dem Liquidaten die Mitbenutzung der bereits zu den Acten gebrachten Urkunden ausdrücklich vorbehalten ist.

Außerdem ist aber

II. noch zu erwägen, daß die Haftungspflicht der Liquidanten für die Handlungen des A. Léon Levèque nicht allein aus dessen ausdrücklicher Bevollmächtigung, sondern allerdings auch aus dem von dem Contradictor als Replik geltend gemachten Umstand hergeleitet und begründet werden kann, daß Levèque mit Wissen der Liquidanten sich als deren Repräsentant, wie geschehen, gerirt, namentlich mit ihrem Wissen sich des Stempels bedient hat, welcher den Tratten [5] bis [10] aufgedrückt ist. Hierdurch nahm Levèque die Eigenschaft eines Stellvertreters oder Procuristen im vollen Umfange an, was die Liquidanten ihren Abnehmern gegenüber nicht wissentlich geschehen lassen konnten, ohne sich selbst für die Handlungen ihres Reisenden haftbar zu machen; ihr Schweigen würde gegen die im Handelsverkehr allseitig vorauszusetzende bona fides hart verstoßen. Der Beweis jener Wissenschaft ist sonach dem Liquidaten und Widerkläger, und zwar alternativ mit den in dem stadtgerichtlichen Erkenntniß sub A. bis C. auferlegten Beweisen in der Art nachzulassen, daß durch seine Erbringung der Beweis der Bevollmächtigung überflüssig wird.

III. Die von dem Liquidaten und Widerkläger bezüglich der

Ziehungsbefugniss des Levêque erst in der Instanz geltend gemachte versio in rem kann, da sie einen neuen, ganz selbstständigen Klaggrund bildet, als verspätet, keine Berücksichtigung finden.

Demnach wird das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 15. Februar laufenden Jahres dahin bestätigt, resp. abgeändert:

1) In dem Beweissatze A. haben die Schlußworte: „und daß dieser solche eingezogen habe" hinwegzufallen;

2) in dem Beweissatze B. ist der Schlußsatz: „und daß dieser den Betrag" bis „vergüten müssen" zu streichen;

3) dem Liquidaten und Widerklägern ist vorbehältlich des Gegenbeweises binnen von dem Stadtgericht anzuberaumender Frist darzuthun gestattet;

„daß A. Léon Levêque sich mit Wissen der Liquidantin und Widerbeklagten als deren Repräsentant in Handelsgeschäften gerirt habe."

Durch Führung dieses Beweises werden die Beweise A. bis C. des stadtgerichtlichen Bescheids, insoweit sie sich auf die Bevollmächtigung des Levêque beziehen, überflüssig.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz sind compensirt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. November 1857.

Auf Appellation des Liquidanten

Erkannt:

daß die Förmlichkeit der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 25. April 1856, so viel das Decisum sub 3 betrifft, wieder aufzuheben, und insoweit das Stadtgerichts-Urtheil vom 15. Februar desselben Jahres, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, wiederherzustellen sei.

Entscheidungsgründe.

Neben den Beweisen, welche bezüglich der Legitimation des klägerischen Reisenden Levêque zu denjenigen Geschäften, aus welchen vom Beklagten der an sich liquiden Waaren-Forderung der Kläger

compensando und reconveniendo verschiedene Gegenforderungen opponirt sind, das Stadtgerichts-Urtheil vom 15. Februar 1856 dahin dem Beklagten und Widerkläger auferlegt hatte, daß Levèque entweder im Allgemeinen zur Eingehung derartiger Geschäfte und Verbindlichkeiten oder besonders zu den in der Exceptionsschrift geltend gemachten Wechsel-Ziehungen und Verkäufen, sowie dazu von den Klägern ermächtigt gewesen sei, auf deren Rechnung bei dem Cridar Bayha zu logiren und zu zehren, hat die Sententia a qua sub Nr. 3 des Decisi dem Beklagten auch noch den Beweis frei gelassen, daß Levèque sich mit Wissen der Kläger als deren Repräsentant in Handelsgeschäften gerirt habe, durch Führung welches Beweises die stadtgerichtlichen Beweise, soweit sie sich auf die Bevollmächtigung Levèque's beziehen, überflüssig werden sollen.

Nur über diesen weitern Beweisnachlaß haben sich die Kläger beschwert, indem sie principaliter dessen gänzlichen Wegfall, eventualiter aber bezüglich der sub A. und B. in Frage stehenden Wechsel-Geschäfte eine Ergänzung verlangen, und diese Beschwerdeführung mußte in ihrem prinzipalen Theile, wonach die eventuellen Anträge nicht weiter in Betracht kommen, aus folgenden Gründen für gerechtfertigt erachtet werden.

In dem Principe, welches die Grundlage der Sententia a qua bildet, ist zwar dem Appellationsgerichte beizutreten und mit demselben anzuerkennen, daß Kläger, wenn sie ihren Abnehmern gegenüber, zu denen der Cridar Bayha gehörte, es wissentlich geschehen ließen, daß Levèque sich die Eigenschaft eines Procuristen im wahren Sinne und vollen Umfange des Worts beilegte und des auf den Tratten befindlichen Stempels sich bediente, damit stillschweigend die Stellung zu der klägerischen Fabrik und Handlung, welche Levèque annehmen zu dürfen glaubte, und bei seiner Geschäftsführung für jene geltend machte, genehmigt hätten, und daß sie aus solcher stillschweigenden Genehmigung ebenso wie in Folge ausdrücklicher Ermächtigung desselben für Handlungen ihres Reisenden haftbar geworden sein könnten. Alles, was klägerischer Seits gegen dieß Prinzip appellando vorgebracht ist, verdient um so weniger Beachtung, als das Appellationsgericht nicht dem gesammten Publikum gegenüber, sondern eben nur in Bezug auf diejenigen Personen,

welche mit den Klägern bereits in Geschäftsbeziehungen standen, das von Letzteren trotz jener Wissenschaft etwa beobachtete Stillschweigen für unvereinbar mit der im Handelsverkehr allseitig vorauszusetzenden bona fides erklärt hat, auch keineswegs die in Nichtbenachrichtigung ihrer Geschäftsfreunde liegende culpa in non faciendo, sondern eben nur den durch stillschweigende Genehmigung des Verhaltens ihres Reisenden ausreichend bekundeten Willen, die von letzterem geschlossenen Geschäfte für wie gegen sich als verbindlich anzuerkennen, als die causa obligationis behandelt wissen will.

Indessen kann doch weder eine derartige stillschweigende Ermächtigung als bedingungslos, noch die daraus herfließende Verhaftung als eine völlig unbeschränkte gelten. Vielmehr wird einerseits letztere immer nur innerhalb desjenigen Kreises von Geschäften eintreten können, welche der Natur der Sache und dem Handelsgebrauche nach mit derjenigen stellvertretenden Thätigkeit, die sich vorliegend Levêque im Verhältniß zu den Klägern mit deren Wissen beigelegt haben soll, verbunden zu sein pflegen. Andererseits wird ein deßfallsiger Anspruch an den Principal da zu cessiren haben, wo nach den obwaltenden besonderen Umständen der Dritte, welcher mit solchem Vertreter auf bestimmte Geschäfte sich in der Absicht und Meinung eingelassen hat, daß solche für Rechnung des Principals und in einer für diesen verbindlichen Weise geschlossen wurden, bei gehöriger Sorgfalt über den Ungrund der angenommenen Vertretungsbefugniß und daß die fraglichen Geschäfte jedes Bezugs auf die Angelegenheiten des Principals entbehrten, entweder gar nicht hätte in Zweifel sein können, oder doch dieserhalb zu gegründetem Verdacht und demzufolge zu genauerer Erkundigung über die Versicherungen und das Verhalten des Vertreters erheblichen und nahe liegenden Anlaß gehabt hätte.

Abgesehen nun davon, daß überhaupt

1) die Qualität eines „Repräsentanten in Handelsgeschäften," auf deren mit Wissen der Kläger geschehene Aneignung Seitens des Levêque der dem Beklagten nachgelassene Beweis gestellt ist, dem gemeinen Sprachgebrauche nach ebenso vieldeutiger als unbestimmter Natur ist und den Umfang, in welchem, so wenig mit Sicherheit erkennen läßt, als die Rechtsfolgen, mit welchen der Träger solcher

Eigenschaft an Stelle des Principals und in einer für Letzteren verbindlichen Weise Geschäfte zu endgültigem Abschlusse zu bringen für befugt zu gelten habe, und daß auch nach französischem Rechte, welches für die Bedeutung des von Levèque in Bezug auf das klägerische Fabrikgeschäft und als Reisender desselben geführten Titels eines représentant en Allemagne als maaßgebend zu erachten sein dürften, durch diesen Ausdruck kein individuelles und specifisches Vertretungsverhältniß mit scharf begrenzten Rechten bezeichnet, sondern nur dieß bekundet zu werden scheint,

vergl. Code civil annoté par Pirey et Gilbert, Tom. I. pag. 895 Nr. 17.

es solle der Reisende in seiner Thätigkeit nicht auf bloße Vermittelung von Bestellungen beschränkt, sondern zu definitiven Geschäftsabschlüssen ohne deßfallsige Benachrichtigung und Zustimmung des Principals befugt sein, daß sonach die Stellung und Berechtigung eines solchen Repräsentanten weder mit Nothwendigkeit, noch mit Sicherheit derjenigen gleichgestellt werden kann, welche einem wahren Procuristen und eigentlichen Disponenten zukommt, der unter der Firma des Principals dessen ganze Geschäftsführung leitet und zu dessen allseitiger Vertretung wie Verpflichtung bestellt ist, und daß folgeweise auch der Beweis, es habe sich Levèque als ein solcher Repräsentant gerirt und dessen Principalschaft hiervon Kenntniß gehabt, für sich allein noch nicht die Verbindlichkeit der letzteren zur Anerkennung und Erfüllung aller von Levèque für deren Rechnung und in ihrem Geschäfte übernommenen Verbindlichkeiten außer Zweifel zu setzen vermag; so ist auch anbelangend

2) die Wechsel, welche Levèque im Gesammtbetrage von fl. 679 unterm 20. Februar und 5. Mai 1854 von Paris aus, unterm 4. Juli 1854 in Frankfurt zum 1. Juni, 5. August und 15. September auf den Cridar Bayha gezogen und dieser eingelöset hat, zwar im Allgemeinen anzuerkennen, daß ein Reisender, wenn zu definitivem Abschlusse von Verkaufsgeschäften bestimmt, auch zu Einziehung des Kaufpreises, sei es durch Empfang von Baarzahlung oder durch Trassirung auf den Käufer ohne ausdrückliche deßfallsige Ermächtigung befugt sei, und Seitens des letzteren ohne weitere Rückfrage bei dem Principale als hierzu ermächtigt angesehen werden

dürfe. Vorliegend aber findet die Behauptung des Beklagten, daß Levèque die fraglichen Wechsel in Folge der vom Cridar bei demselben gemachten Waarenbestellung und zu dem Behufe gezogen habe, damit ihm solche theils auf bereits erfolgte, theils auf weiter zu effectuirende Sendungen des klägerischen Hauses in Rechnung gebracht würden, in der Fassung der Wechsel selbst keine Unterstützung, insofern solche, daß die Valuta in Waaren geleistet sei, mit keinem Worte gedenken, auch von dem Levèque in eigenem Namen, ohne Beifügung seiner Procura-Eigenschaft und an dessen alleinige Ordre ausgestellt sind, sonach keine andere, als die in dem aufgedrückten Stempel mitenthaltene Bezugnahme auf das klägerische Fabrikgeschäft aufweisen. Es steht sogar jene Behauptung damit nicht in Einklang, daß Inhalts der dem Klaglibelle beigefügten Nota die erste Waaren-Zusendung im Betrage von Frcs. 1323. 25 Cts. unterm 5. April die zweite zum Belauf von Frcs. 102. 50 Cts. am 22. August erfolgte, hiernach aber einerseits die erste Wechselziehung vom 20. Februar jedem Waaren-Empfang vorangegangen ist, wenn auch möglicherweise die Bestellung schon bei dem ersten, Inhalts der Gasthofrechnung, in die Zeit vom 6.—15. Februar 1854 fallenden Frankfurter Aufenthalte Levèque's geschehen sein könnte, andererseits für die dritte Wechselziehung vom 4. Juli wenigstens dahingestellt bleiben muß, ob damals der Cridar die Absicht fernerweiter Waaren-Bestellung, welche allenfalls bei einem kaufmännischen Geschäftsfreunde, nicht aber bei einem Gastwirthe vorausgesetzt werden dürfte, bereits kundgegeben habe. Zu einer dem Beklagten ungünstigen und dabei definitiven Entscheidung muß indessen, wie es sich auch in dem vorstehenden Betrachte verhalten möge,

a) bei den zwei ersten Wechseln vom 20. Februar und 5. März schon der Umstand führen, daß selbige von Paris aus, dem Sitze des klägerischen Fabrik- und Handelsgeschäfts, auf Bayha gezogen wurden. Denn in wie ausgedehntem Umfange und mit wie unbedingter Haftpflicht des Geschäftsherrn auch die zu dessen Vertretung einem Reisenden für den auswärtigen Geschäftsbetrieb bei oder in dem desfallsigen Engagement gegebene Ermächtigung ertheilt sein oder aufgefaßt werden möge, immer kann doch, weil mit der Rückkehr an den Wohnsitz der Principalschaft für die Dauer seines dortigen Aufent-

hältes der für Geschäftsreisen engagirte Commis oder Agent die Qualität eines Reisenden verliert, jene Vertretungs-Befugniß niemals dahin ausgedehnt werden, daß jener auch von dort aus ganz selbstständig und neben dem Principale mit auswärtigen Geschäftsfreunden alle und jede Handelsgeschäfte, zu denen er am Wohnsitze der Letzteren und im Auslande für ermächtigt zu gelten hätte, ohne Weiteres eingehen und mit verbindender Kraft für den Principal abschließen, und sich solchergestalt einem Disponenten der Firma gleichstellen dürfte.

Wollte man aber auch dieß als zweifelhaft erachten und nicht sowohl hierfür eine Unterstützung, als vielmehr nur eine Singularität des Seerechts in dem allgemein anerkannten Grundsatze finden, daß der Schiffer trotz seiner so ausgedehnten Vertretungsbefugniß am Sitze der Rhederei für sich allein zu keinen den Rheder mit verpflichtenden Dispositionen und Vertragsabschlüssen befugt ist, so mußte doch jedenfalls dem Cridar Bayha der Umstand auffallen, daß von Paris aus über die von ihm gemachten Bestellungen nicht Seitens der Kläger selbst, noch unter deren Namen und für ihre Rechnung auf ihn trassirt werde, und der nur zu nahe liegende Zweifel, ob solches in Ordnung und den Intentionen des klägerischen Hauses gemäß sei, hätte ihn zur deßfallsigen Nachfrage bestimmen müssen. Von deren Unterlassung hat er die nachtheiligen Folgen als selbstverschuldet dahin zu tragen, daß, wenn jene Wechselziehung nicht auf Grund ausdrücklicher, genereller oder specieller Ermächtigung erfolgt, oder wenigstens der deßfalls dem Beklagten im Stadtgerichts-Erkenntnisse nachgelassene Beweis nicht zu erbringen sein sollte, Kläger solche als für ihre Forderung validirend nicht anzuerkennen brauchen, mag immerhin ihnen nicht unbekannt geblieben sein, daß im Auslande und bezüglich der dort zum Abschluß und Vollzug gebrachten Geschäfte Levèque sich als ihr Repräsentant gerirt habe. So viel aber

b) den dritten von Levèque auf Bayha zu Frankfurt selbst, sonach innerhalb des dem Ersteren für seine Vertretung den Klägern zugewiesenen localen Geschäftskreises gezogenen Wechsel vom 4. Juli betrifft, so läßt sich nicht bezweifeln, daß zu dieser Zeit Bayha die von dem klägerischen Hause direkt auf ihn gezogenen 4 Tratten vom 13. Juni, wenn auch vielleicht noch nicht acceptirt, doch bereits avisirt

Digitized by Google

erhalten gehabt habe. Wenn nun gleich auf diese doppelte Trassirung der Waarenschuld hin die bereits am 1. Juni erfolgte Einlösung der ersten Levèque'schen Tratte nicht rückgängig gemacht werden konnte, auch vielleicht sich entschuldigen ließe, daß Bayha die zweite, auf den 5. August lautende Tratte des Levèque trotz der inzwischen mit dem 1sten dieses Monats eingetretenen Fälligkeit und Einlösung der Einen jener vier klägerischen Tratten um deßhalb honorirte, weil zu Erkundigung über den eigentlichen Sachverhalt die Zeit vom 1. bis 5. August zu kurz erschien, so hätte doch Bayha bis dahin die Einlösung der obigen dritten Tratte um so gewisser anstehen lassen, und am 15. September solche verweigern sollen, als durch die beiden früheren im Betrage von Frcs. 500. und 400. und durch die erste auf den 1. August gestellte klägerische Tratte über Frcs. 350. seine ganze Waarenschuld bis auf einen kleinen Rest von Frcs. 73. 25 Cts. bereits getilgt und durch die am 1. September erfolgte Einlösung der zweiten klägerischen Tratte von Frcs. 350. Bayha bei Fälligkeit der hier in Frage stehenden Levèque'schen Tratte von Frcs. 259. sogar mit nahe an Frcs. 500. in Vorschuß gekommen war. Der Vorwurf selbstverschuldeter Nachlässigkeit trifft ihn daher auch hier, wenn schon in anderer Weise und Richtung, und steht nicht abzusehen, wie trotzdem der bloße Nachweis, daß Kläger gewußt hätten, es gerire sich Levèque als ihr Repräsentant in Handlungsgeschäften, dieselben zu Anerkennung der hier in Frage stehenden Wechsel-Negociation ihres Reisenden solle verpflichten, oder dem Beklagten trotz der unverkennbaren mala fides des Cridars das Recht geben können, auf die völlig liquide Waarenschuld den Betrag obiger Frankfurter Tratte in Absatz zu bringen.

Noch weniger konnte es

3) in Betreff der von Levèque an Bayha verkauften, von diesem weiter indossirten, aber auf ihn zurückgekommenen und demnächst eingelösten Lemartier'schen Accepte, deren Betrag mit den Protestkosten von fl. 723. 14 kr. Beklagter den Klägern gleichfalls hat in Gegenrechnung bringen wollen, zweifelhaft erscheinen, daß hierzu Kläger nur verpflichtet wären, wenn sie ausdrücklich ihren Reisenden zu solchem Geschäfte ermächtigt hätten.

Denn daß Levèque diese lediglich auf seinen Namen und Ordre

lautenden Papiere in seiner Qualität als Reisender der Kläger und mit Bezug auf eine zwischen letzteren und dem Aussteller Lemartier bestandene Geschäftsverbindung erhalten und besessen habe, ist von dem Beklagten, welcher überhaupt es an jeder Angabe über die Personal- und sonstigen Verhältnisse jenes Lemartier gänzlich hat fehlen lassen, nicht einmal behauptet; und die Anschuldigung, es habe diese ganze zwischen dem Cridar und Levèque stattgehabte Wechsel-Negociation jeder reellen Basis entbehrt und stelle sich als bloße Wechsel-Reiterei dar, hat so wenig eine klare und bestimmte Verneinung gefunden, daß sogar die Frage kommen durfte, ob dies nicht auf Grund von Art. 34 der Prov. Proceß-Ordnung für zugestanden zu erachten sei. Jedenfalls aber hätte es dem Cridar Bayha, zumal er nicht kaufmännische Geschäfte trieb und zu der Zeit für seine Waarenschuld bereits vollständige Deckung durch die auf ihn gezogenen Tratten gegeben hatte, befremdlich erscheinen und Anlaß zu einer Nachfrage werden müssen, daß Levèque die Lemartier'schen Accepte, wenn doch auf das Geschäft der Kläger bezüglich, durch Indossament zu verwerthen suchte, statt Seitens der am Wohnsitze des Lemartier befindlichen Kläger selbst die Einziehung eintreten zu lassen, und trifft sonach hier vollends den Cridar der Vorwurf, sich auf ein Geschäft mit Levèque eingelassen zu haben, zu welchem er dessen Befugniß selbst dann ohne grobes Verschulden nicht hätte voraussetzen dürfen, wenn er davon ausging, daß Levèque sich mit Wissen und Willen der Kläger nicht als ein gewöhnlicher Reisender gerire.

Was aber endlich

4) die Levèque'sche Wirthshausrechnung anbelangt, und daß auch für diese die Kläger verhaftet sein sollen, wenn sie gewußt hätten, daß ihr Reisender sich für ihren „Repräsentanten in Handlungsgeschäften" ausgegeben habe, so läßt sich freilich nicht bezweifeln und ist auch bereits vom Ober-Appellationsgerichte ausgesprochen worden, daß ein Reisender, wenn nicht bloß auf Provision von den durch ihre effectuirten Bestellungen angenommen, den Reise-Aufwand, soweit nicht unangemessen, von dem Principale ersetzt verlangen könne. Allein nicht bloß würde durch obigen Beweis noch keineswegs ausgeschlossen sein, daß Levèque auf Provision die Reisen

für Kläger gemacht habe, welchen Falls der Reisende in dieser Provision den Ersatz der Reisespesen erhält und so dieselben allein tragen muß, sondern es ist auch da, wo dieser Reise-Aufwand schließlich von dem Principal zu tragen ist, doch immer davon auszugehen, daß die von dem Reisenden mit Wirthen, Fuhrleuten u. s. w. zum Behufe seines Unterkommens, Lebensunterhalts, Fortschaffung u. s. w. eingegangenen Verträge an sich nur solche, welche der Reisende für seine Rechnung schließt, und die daraus entstandenen Verbindlichkeiten rein persönliche Schulden desselben seien, für welche, soweit sie nicht alsbald getilgt werden, dem Reisenden bloß für seine Person ein Credit gegeben ist, die Principalschaft aber nur insoweit verhaftet sein kann, als sie dem Reisenden ihrerseits Credit deßfalls ausdrücklich eröffnet hätte. Auf diesen Fall läuft der im Stadtgerichts-Erkenntnisse in Bezug auf die Wirthshausrechnung dem Beklagten freigelassene Beweis hinaus. Abgesehen aber hiervon würde der Dritte, welcher sich mit dem Reisenden auf Gewährung von Logis, Kost und in Betreff anderer Reisebedürfnisse ohne Baarzahlung eingelassen hat, von der Principalschaft seine Befriedigung nur auf Grund einer Cession der dem Reisenden gegen jene zuständigen Ersatzansprüche, oder, dafern die deßfallsigen rechtlichen Voraussetzungen vorliegen, mittelst Arrest und Executionsmaaßregeln auf die Gehaltsforderungen des Reisenden verlangen können. Denn von welcher Art und Ausdehnung auch dessen Befugniß zur Vertretung des Principals in Handlungsgeschäften sein möge, immer würden doch derartige Ausgaben und Schulden, bloß weil in Anlaß von Handlungsgeschäften gemacht, noch nicht als auf Rechnung des Principals lautend, oder selbst als Handlungsgeschäfte gelten können, und ein solcher Anspruch auf Cession, welcher berechtige, alsbald utiliter den Principal zu belangen, kann dem Gastwirthe u. s. w. nicht zugestanden werden. Nun aber ist es vorliegend nicht bloß weder behauptet, daß Levêque noch auf Grund seiner Geschäftsführung Ansprüche an die Kläger habe, noch auch, daß er solche dem Bayha cedirt hätte; und indem überdieß der Gesichtspunkt, daß hierbei eine in rem versio abseiten jenes Dritten obwalten, bereits rechtskräftige Verwerfung, wenn auch zunächst aus dem förmellen Grunde der Verspätung gefunden hat, so ist überall nicht abzusehen,

Digitized by Google

wie der Cridar den Klägern die Berichtigung jener Wirthshausrechnung sollte ansinnen können, wenn mit ihrem Wissen Levèque sich eine ihm nicht zukommende Qualität anmaaßte.

Diesemnach war in Betreff aller drei in Frage stehenden Gegenforderungen des Beklagten von dem demselben vom Appellationsgerichte weiter nachgelassenen Beweise zu abstrahiren und es lediglich bei dem stadtgerichtlichen Beweisinterlocute mit den in der Sententia a qua sub 1 und 2 der decisi erkannten und beklagtischer Seits überall nicht angefochtenen, anderweitigen Modificationen zu belassen, in Folge dessen aber auch für die jetzige Instanz die in voriger erkannte und gleichfalls unangefochten gebliebene Compensation der Kosten auszusprechen.

140.

Tscheiller, Sebastian, aus Thann, Kläger, Widerbeklagter, Appellat und Adhärent gegen **August Cantador,** Beklagten, Widerklägern, Appellanten und Adhäsen, Forderung und Gegenforderung betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Gegenstand der Klage bilden zwei, verschiedenen Verhältnissen entsprungene Forderungen:

I. Fundament der ersten Forderung ist eine Vereinbarung zwischen den Partheien, nach welcher der Beklagte schuldig ist, von der Provision, welche er im Jahre 1853, wo er für den Kläger gegen ein festes Salair reiste, von zwei sächsischen Häusern, deren Geschäfte er in dieser Zeit ebenfalls wahrnahm, verdienen würde, dem Kläger $1\frac{1}{2}$ resp. 2pCt. abzugeben.

Hier ist streitig:

einmal, der Umfang der Vereinbarung, ob dieselbe nämlich auf alle, oder aber nur auf diejenigen Geschäfte für jene beiden Häuser gehe, welche der Beklagte auf der zunächst im Interesse des Klägers zu unternehmenden Reise machen werde. Dieser Streitpunkt ist nicht anher erwachsen, indem der Kläger sich bei der vom Stadtgericht ihm gemachten Beweisauflage gegenwärtig, nachdem er sie in zweiter Instanz ohne Erfolg angefochten hatte, beruhigt hat:

sodann zweitens, ein angebliches Anerkenntniß des Beklagten, daß der dem Kläger geständlich zukommende Provisionsantheil mehr als Jener jetzt einräumen will, betragen habe; und auf diesen zweiten Streitpunkt bezieht sich die zweite vom Beklagten aufgestellte Beschwerde.

Das Stadtgericht hat nämlich dem Kläger den Beweis nachgelassen:

daß Beklagter den ihm, dem Kläger zukommenden Provisions-

antheil aus den Geschäften für W. & Sohn bis zum Betrage von fl. 301. 13 kr. und aus denjenigen für H. & Comp. bis zum Betrage von fl. 262. 30 kr. anerkannt habe.

Der Beklagte vermeint dagegen, dieser Beweis sei dem Kläger

1) aus dem doppelten Grunde überall nicht nachzulassen gewesen, weil

a) die betreffende Behauptung des Klägers nicht genügend substantiirt sei, und

b) er, der Beklagte, bereits den Beweis erbracht habe, daß die behauptete Anerkennung nicht Statt gehabt haben könne, also bereits der Gegenbeweis vorliege;

2) eventualiter, der Beweis hätte der Behauptung entsprechend genauer formulirt werden müssen.

Diese Beschwerde ist jedoch unbegründet. Denn

ad 1) die Behauptung des Klägers ist

a) genügend bestimmt und detaillirt. Wenn derselbe nämlich in der Klage behauptet, der Beklagte habe im Monat Juni 1854 mündlich zugegeben, daß die dem Kläger aus den fraglichen Geschäften zukommenden Procente mehr betrügen (als fl. 492. 14 kr.) und nun die vom Beklagten angeblich anerkannten Beträge für jedes der beiden Häuser bei Gulden und Kreuzern genau angibt, so ist der Vorwurf unzureichender Substantiirung um so unbegründeter, als der Beklagte excipiendo sich vollständig auf diese Behauptung eingelassen, und zwar die behauptete Angabe der Beträge auf Grund vorgelegter Verzeichnisse an sich zugegeben, und nur als einen approximativen Voranschlag zu deuten versucht hat.

Aber

b) auch diese vom Beklagten versuchte Deutung ist, wenn man, von seinen nackten Behauptungen absehend, nur auf Dasjenige Rücksicht nimmt, was er wirklich dafür beigebracht hat, durchaus nicht geeignet, dem Kläger den Beweis abzuschneiden.

Allerdings zwar bittet der Kläger in seinem Briefe vom 18. Juli 1854 den Beklagten, ihm den Auszug zu machen über den ihm, dem Kläger, noch zukommenden Provisions-Antheil.

Allein in einem Briefe vom 27. December 1854 bezeichnet er die Aufgabe des Provisions-Antheils, um welche er wiederholt bittet,

als die definitive, zu welcher der Beklagte, da er nun bei Jahresschluß die Provisions-Auszüge seiner beiden sächsischen Häuser erhalten habe, wohl im Stande sein werde.

Hiernach ist es sehr wohl denkbar, daß die Sache sich so verhält, wie Kläger in der Replik angibt, daß nämlich Beklagter im Juni 1854 dem Kläger zugesichert und aus seinen eigenen Aufzeichnungen, die er selbst zugibt, dem Kläger damals vorgelegt zu haben, nachgewiesen hat, daß dessen Provisions-Antheil im Ganzen mindestens fl. 583. 43 kr. betrage, daß aber der Kläger noch die definitive Aufgabe, unter Vorlegung der Original-Auszüge der betreffenden beiden Häuser, verlangt habe. Ist aber das, so enthalten diese Briefe offenbar nicht den Gegenbeweis gegen das dem Kläger zu beweisen Nachgelassene. Indessen versteht es sich von selbst, daß es dem Beklagten unbenommen bleibt, im Gegenbeweise darzuthun, er habe dem Kläger die angegebenen höheren Summen nur als approximativen Voranschlag bezeichnet und sich zu dem Ende der von ihm producirten Briefe des Klägers mitzubedienen.

ad 2) Auch der eventuelle Theil dieser Beschwerde war nicht zu berücksichtigen. Abgesehen davon, daß der Beklagte eine Beschwerde über die Fassung des Beweissatzes in zweiter Instanz gar nicht gestellt hat, ist für deren Verwerfung entscheidend, daß den Partheien ihre Behauptungen nur, soweit relevant, zum Beweise zu verstellen sind. Nun hat zwar der Kläger allerdings angeführt, das fragliche Anerkenntniß habe im Juni 1854 Statt gehabt. Allein die genaue Zeit, wann es geschehen, ist ganz gleichgültig. Es würde daher sich nicht rechtfertigen, wie der Beklagte verlangt, die Worte „im Juni 1854" in den Beweissatz aufzunehmen.

II. Die zweite eingeklagte Forderung des Klägers beruht auf dem Verhältnisse, in welches der Beklagte mit dem Jahre 1854 als Provisionsreisender zu dem Kläger getreten ist. Der Kläger klagt hier einen dem Beklagten gemachten baaren Vorschuß von fl. 2598. 58 kr. ein, von welchem er selbst, um der Compensations-Einrede zu begegnen, das seiner Meinung nach dem Beklagten an Provision Zukommende in Abzug bringt.

Auf diesen Theil der Klage und die aus demselben Verhältnisse erhobene Widerklage beziehen sich, mit alleiniger Ausnahme der ersten

und zweiten, ausschließlich alle übrigen vom Beklagten aufgestellten Beschwerden, und zwar zunächst

A. Grav. 3. — Der Kläger ist bei der Berechnung der von seiner Forderung in Abzug gebrachten Provision des Beklagten unter anderem davon ausgegangen, daß er nach der mit dem Beklagten getroffenen Uebereinkunft Diesem die Provision, welche er, Kläger, von dem Hause St., K. & Comp. genieße, und welche für dessen Etablissement in L. 4pCt., für dessen Etablissement in M. dagegen 5pCt. betrage, nach Abzug von einem Procent, also mit 4, resp. 3pCt. zu vergüten habe. Der Beklagte dagegen, welcher die Forderung des Klägers aus dem Vorschusse einräumt, stellt als Fundament seiner Compensations-Einrede und Widerklage die Behauptung auf, daß ihm für alle Geschäfte, die er machen werde, ohne Unterschied 4pCt. bewilligt seien. Das Stadtgericht hat ihm daher mit vollem Rechte den Beweis dieser seiner Behauptung auferlegt, und wenn der Beklagte mittelst seiner dritten Beschwerde verlangt, daß dem Kläger der Beweis der Vereinbarung auferlegt werde, wie er sie behaupte, weil Kläger der rechnungspflichtige Theil sei, so beruht dieß auf einer völligen Verkennung des wahren Sachverhältnisses, indem vielmehr der Beklagte hinsichtlich der, wie er selbst zugibt, zur Bestreitung seiner Reisespesen, also zur Ausführung des von ihm übernommenen Mandats empfangenen Vorschüsse als eines Creditum rechnungspflichtig, d. h. schuldig ist, jede Forderung, für welche er sich aus dem Vorschusse bezahlt gemacht haben will, nach Grund und Umfang gehörig nachzuweisen, und soweit er dieß nicht vermag, schon aus dem Contractsverhältniß für Rückerstattung des von ihm anerkannten Vorschusses haftet.

B. Grav. 4, welches dahin geht, daß beide vorige Gerichte einen Verzicht des Beklagten auf die Provision aus den Bestellungen von M., G. Wb. und J. (von zusammen Frcs. 16,354) angenommen haben, ist ebenfalls unbegründet, und zwar

1) hinsichtlich des M.'schen Postens, um so mehr, als es, um diesen dem Beklagten abzuerkennen, gar nicht einmal des Beweises eines Verzichts bedarf.

In dem aus Cöln an St., K. & Comp. gerichteten Schreiben vom 15. Januar 1854, worin Beklagter die Bestellung von M. ein=

sendet, schreibt er nämlich: das Gebot dieses M. sei allerdings unter den ihm, dem Beklagten, vorgeschriebenen Preisen, **und habe er daher auch den Auftrag nur unter Vorbehalt der Genehmigung** von St., K. & Comp. entgegengenommen.

Nun ist vom Beklagten in seinem Schreiben vom 10. März 1855 und in der Duplik anerkannt, daß diese Genehmigung damals nicht erfolgt sei. Folglich ist es evident, daß der Beklagte überall kein Recht hat, von dieser Bestellung Provision zu fordern, da ein nur bedingungsweise gemachtes Geschäft, wenn die aufschiebende Bedingung nicht eintritt, einem überall nicht gemachten gleichsteht. Freilich macht der Beklagte den schon in der Duplik angeführten, vom Kläger aber geleugneten Umstand, daß die von M. bestellte Waare später noch unter dem von Diesem offerirten Preise vom Kläger in München verkauft worden sei, in gegenwärtiger Instanz in der Richtung geltend, als folge daraus eine nachträgliche Genehmigung der von ihm gemachten Bestellung durch St., K. & Comp. Allein das Willkürliche dieser Annahme bedarf keiner Erörterung und daher auch das betreffende Factum keines Beweises, und zwar um so weniger, als

2) hinsichtlich dieses M'schen Postens und ebenso hinsichtlich der beiden anderen von G. Wb. und J. die ausdrückliche Erklärung des Beklagten vorliegt, daß er von diesen keine Provision in Anspruch nehmen könne oder doch wolle.

Ob diese Erklärung darin liegt, daß der Beklagte die fraglichen drei Posten in dem von ihm herrührenden Verzeichnisse der Bestellungen nicht aufgenommen hat, kann dahingestellt bleiben, da der Brief des Beklagten vom 10. März 1855 allein schon ganz entscheidend ist.

Wenn Beklagter diesen Brief als eine Vergleichsofferte zu deuten versucht, so muß man mit dem Appellationsgerichte diesen Versuch dem klaren Wortlaute des Briefes gegenüber für einen schwer zu begreifenden erklären. Denn in dem Eingange des Briefes sagt der Beklagte ja grade, daß, da die bisherige Correspondenz zu keinem Resultate geführt, er sich, um **das gegenseitige Conto** mit dem Kläger endlich feststellen zu können, **lediglich an die im December 1853 stattgehabte Uebereinkunft halten werde.**

Und nun berechnet er sich 4 pCt. Provision von allen durch ihn vermittelten, auch den nicht effectuirten Bestellungen, nimmt aber von letzteren die fraglichen drei zum Betrage von Frcs. 16,345 ausdrücklich aus, und zieht als Schluß der Rechnung einen Saldo zu Gunsten des Klägers, während, wenn er sich von jenen drei Posten ebenfalls eine Provision berechnet hätte, ein Saldo zu seinen eignen Gunsten sich ergeben haben würde. Liegt hier aber eine schließliche Abrechnung über die gegenseitigen Conten der Partheien vor, so liegt darin, daß der Beklagte von jenen drei Posten sich keine Provision berechnete, die unzweideutige Willenserklärung, daß er diese Provision nicht in Anspruch nehmen könne oder wolle.

C. Grav. 6 ist dawider gerichtet, daß auch ein Anerkenntniß des Beklagten angenommen werden, wonach von dem Betrage, woraus die Provision zu berechnen, vorab die Retourwaaren, Sconto und Decort in Abzug gebracht werden dürfen, und verlangt, daß dem Kläger der Beweis einer dahingehenden Uebereinkunft auferlegt werde, und dieser Beschwerde mußte entsprochen werden.

1) Ein Anerkenntniß des Beklagten, wie die vorigen Richter es in den Acten gefunden haben, liegt nicht vor. Sie finden

a) hinsichtlich der Retourwaaren ein stillschweigendes in dem Briefe des Beklagten vom 29. Februar 1854 insofern, als, nachdem der Kläger in dessen Schreiben vom 8. Februar 1854 ganz genau und vollständig die Bedingungen, über welche sie seiner Behauptung nach wegen Berechnung der Provision übereingekommen seien, mitgetheilt und dabei ausdrücklich bemerkt hatte:

Le montant des laissés pour compte, qu'on fait adresser ordinairement à Francfort, est deduit du chiffre d'affaires:

der Beklagte in seiner Antwort vom 29. Februar zwar erwiedert, er ersehe zu seinem größten Leidwesen, daß hinsichtlich der mitgetheilten Conditionen eine nicht unbedeutende Differenz über den Inhalt der getroffenen Uebereinkunft stattfinde, und nun alle Punkte, mit denen er nicht einverstanden sei, einzeln hervorhebt, jenen Punkt der Retourwaaren aber überall nicht berührt. Allein hierin ein stillschweigendes Anerkenntniß zu finden, ist höchst bedenklich, da das Uebergehen jenes Punktes auch ganz füglich auf einem zufälligen

Uebersehen beruhen kann, es überdieß am Schlusse dieses auf der Reise geschriebenen Briefes heißt:

> den übrigen Theil Ihres Schreibens behalte ich mir vor, bei meiner Rückkehr mündlich mit Ihnen zu erörtern.

Wenn ferner

b) die vorigen Richter in dem Briefe des Beklagten vom 4. September 1854 an St., K. & Comp., worin er schreibt, er finde zwischen den von den Adressaten eingesandten Auszügen und den von ihm eingesandten Commissionen eine namhafte Differenz, um deren Aufklärung er bitten müsse, und dann hinzufügt:

> und bitte schließlich noch mir gefälligst zu sagen, ob von den einzelnen Beträgen auch noch die Retourwaaren, Sconto und Decorte rc. in Abzug kommen, oder ob solche bereits abgeschrieben sind,

die selbstverständliche Voraussetzung ausgesprochen finden, daß bei Berechnung der Provision, Retourwaaren, Sconto und Decorte vorweg in Abzug zu bringen seien: so beruht dieß auf einer einseitigen Auffassung. Die Frage des Beklagten läßt sich nämlich auch sehr wohl erklären, wenn man die entgegengesetzte Voraussetzung zum Grunde legt. Denn der Beklagte konnte die Absicht haben, für den Fall, daß jene fraglichen Beträge bereits in Abzug gebracht seien, sie zum Behuf seiner Provision wieder hinzuzufügen, und deßhalb lag ihm daran, zu wissen, wie es sich damit verhalte. Wenn nun gleich die Worte „auch noch in Abzug kommen" mehr für die Auffassung des Stadtgerichts sprechen, so sind sie doch nicht so klar, um darin ein bestimmtes Anerkenntniß finden zu können.

Ueberdieß kommt in Betracht, daß der Wunsch des Beklagten, von St., K. & Comp., der Principalschaft des Klägers, eine bestimmte Aufklärung über den wahren Sachverhalt und die obwaltenden Differenzen zu erhalten, gar keinen Schluß zuläßt, daß der Beklagte dem Kläger gegenüber irgend etwas habe anerkennen wollen.

Liegt nun kein Anerkenntniß vor und war mithin auf Beweis der zwischen den Partheien getroffenen Uebereinkunft zu erkennen, so fragte es sich

2) wem in dieser Hinsicht der Beweis aufzuerlegen sei, und

diese an sich nicht zweifellose Frage mußte nach der rechtskräftigen Lage der Sache zu Gunsten des Beklagten entschieden werden.

Die vorigen Richter haben nämlich angenommen, daß nach allgemeinen Grundsätzen ein Provisionsreisender berechtigt sei, sich seine Provision von allen durch ihn vermittelten Bestellungen zu berechnen, und daher dem Kläger den Beweis auferlegt, daß Beklagter sich damit einverstanden erklärt habe, daß die ihm zukommende Provision nur von den wirklich effectuirten Bestellungen zu berechnen sei. Hat nun der Kläger sich hierbei beruhigt und steht es also rechtskräftig fest, daß der Beklagte an sich berechtigt sei, von allen durch ihn vermittelten Bestellungen, auch den nicht effectuirten, eine Provision zu fordern, so folgt daraus, daß der Kläger auch den Beweis der hier fraglichen weiteren, das Recht des Beklagten beschränkenden Vereinbarung hinsichtlich der Retourwaaren, Sconto und Decorte übernehmen muß.

D. Grav. 7. geht dahin, daß der Antrag des Beklagten auf Ablage der Rechnung über die direkten Bestellungen und auf Zahlung der ihm aus solchen gebührenden Provision von 2 pCt. verworfen worden sei.

Daß dem Beklagten von direkten Bestellungen, wenigstens den nach L. und M. gemachten, die halbe Provision zukommt, darüber ist kein Streit. Ebenso wenig läßt sich bestreiten, daß dem Kläger die Verpflichtung obliegt, über die vorgekommenen direkten Bestellungen Rechnung abzulegen.

Dagegen bedurfte es, um den Kläger zu einer solchen zu verurtheilen, wenn nicht der Bescheinigung, doch mindestens der bestimmten positiven Behauptung des Beklagten, daß überall solche direkte Bestellungen vorgekommen seien.

Nun muß es schon zweifelhaft erscheinen, ob diese Behauptung in dem in erster Instanz von ihm vorgebrachten Monitum liegt, in der Aufstellung des Klägers seien nirgends solche Aufträge verzeichnet, welche von Abnehmern des Beklagten direkt bei dem Kläger oder bei St., K. & Comp. eingelaufen seien, da der Beklagte sich nicht anders ausdrücken konnte, auch wenn er keine positive Wissenschaft von direkten Bestellungen hatte, sondern dergleichen nur in den Aufstellungen des Klägers vermißte. Indessen kann dieß dahin-

gestellt bleiben. Denn jedenfalls war es, nachdem der Kläger in der Replik bestimmte Posten seiner Aufstellung als direkte Bestellungen bezeichnet hatte, Sache des Beklagten, nunmehr mit bestimmten Behauptungen hervorzutreten. Allein, wie er in der Duplik selbst bekennt, daß er von direkten Bestellungen eine positive Wissenschaft nicht habe, und sich darauf beschränkt, auszuführen, daß die vom Kläger bezeichneten solche nicht seien, so hat er auch in gegenwärtiger Instanz, unter Bezugnahme auf das in seinem Nachtrage zur Vernehmlassung Enthaltene, mehr nicht vorbringen können, als daß die Nicht-Existenz von Nachbestellungen höchst unwahrscheinlich sei. Mithin trifft der Grund des Stadtgerichts, daß es an aller Basis für eine dem Kläger aufzulegende Rechnungsstellung fehle, vollkommen zu.

E. Grav. 8 ist gegen die Verwerfung der Widerklage gerichtet, stellt sich aber, nachdem Grav. 7 verworfen worden, als völlig unbegründet dar.

Die Widerklage geht nämlich, abgesehen von dem Gegenstande dieser siebenten Beschwerde, nur auf Herauszahlung eines Betrags von fl. 107. 56 kr.

Wenn man nun auch ganz davon absieht, daß der Beklagte sich in seinem oben unter II. B. behandelten Briefe vom 10. März 1855 zum Schuldner des Klägers bis zum Betrage von fl. 183. 11 kr. bekannt hat, so ergibt sich die völlige Grundlosigkeit der Widerklage schon dadurch, daß nach der Ausführung unter II. B. dem Beklagten die Provisionsforderung aus den drei Posten von M., G. Ww. und J., welche 654 Frcs. beträgt, mit Recht aberkannt ist, mithin, wenn auch alle erkannten Beweise resp. vom Kläger verfehlt und vom Beklagten geführt werden sollten, immer nur ein compensandum von zur Zeit noch unbestimmtem Betrage übrig bleiben würde.

Es erübrigt in der Hauptsache

III. nur noch die bis dahin ausgesetzte erste Beschwerde des Beklagten und die damit in Verbindung stehende Adhäsions-Beschwerde des Klägers.

Der Beklagte ist geständig, dem Kläger schuldig zu sein:

aus dem Geschäftsverhältniß	sub I.	fl. 492. 14 kr.
„ „ „	sub II.	„ 2598. 58 „
		fl. 3091. 12 kr.

Digitized by Google

Die Provisionsforderung des Beklagten aus dem Geschäftsverhältniß sub II. beträgt . . . . . . fl. 3199. 8 kr.

Diese Forderung reducirt sich aber durch die erfolgte Aberkennung sub II. B. von	„ 305. 16 „	
auf Aberkennung sub II. B. von		fl. 2893. 52 kr.
und mithin ergibt sich zu Gunsten des Klägers ein völliges liquides Saldo von	fl. 192. 20 kr.	
und nach Abzug der vom Kläger dem Beklagten zugestandenen halben Miethsteuer	„ 5. — „	
von	fl. 187. 20 kr.	

welchen Saldo das Appellationsgericht nur zu fl. 178. 11 kr. angenommen hat, weil es mit dem Stadtgerichte die vom Beklagten anerkannte Forderung des Klägers aus Vorschüssen ꝛc. nach Nr. 4 act. nur zu fl. 25**84**. 49 kr. zum Grunde legt, während sie in dem Prozesse zu fl. 25**98**. 58 kr. angegeben und anerkannt ist.

Wenn nun

1) der Beklagte sich darüber beschwert, daß ihm überhaupt eine Zahlung an den Kläger auferlegt worden, während noch gar kein Forderungsbetrag des Klägers liquide sei, und er sich zur Rechtfertigung wieder darauf beruft, daß sein Schreiben vom 10. März 1855, worin die Anerkennung eines liquiden Saldo gefunden werde, eine bloße nicht acceptirte Vergleichsofferte enthalte, so bedarf, nachdem die 4te Beschwerde des Beklagten als unbegründet verworfen worden, die Grundlosigkeit der gegenwärtigen Beschwerde keiner neuen Nachweisung.

Läge also nur die Beschwerde des Beklagten vor, so müßte die Bestätigung des vorigen Erkenntnisses in diesem Punkte erfolgen.

Anlangend nun aber

2) die Adhäsionsbeschwerde des Klägers,

daß nicht die erste Beschwerde des Beklagten in voriger Instanz ganz verworfen und nicht Beklagter in die Bezahlung von fl. 178. 11 kr. und fl. 492. 14 kr., eventualiter

wenigstens zur sofortigen Zahlung dieser letzten Summe verurtheilt worden sei,

so kann

a) die formelle Zulässigkeit dieser Beschwerde einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen, da diese und die erste Appellationsbeschwerde des Beklagten dieselbe Entscheidung, wenngleich in entgegengesetzter Richtung anfechten.

Ferner ist, was

b) deren Materialien betrifft, zwar

α) der principale Antrag auf Widerherstellung des Stadtgericht-Erkenntnisses verwerflich und wie überall nicht näher begründet, so auch keiner näheren Widerlegung bedürftig.

Dagegen war

β) dem eventuellen Antrag als einem wohlbegründetem Statt zu geben.

Denn die Schuld des Beklagten aus dem Geschäftsverhältnisse sub I. von fl. 492. 14 kr. ist eine von ihm ausdrücklich anerkannte, also liquide. Die Provisionsforderung, mit welcher Beklagter diesen liquiden Schuldposten compensiren will, ist aber nicht nur eine völlig illiquide, über welche noch auf verschiedene Beweise erkannt ist, sondern auch eine nicht connexe. Denn die liquide Forderung des Klägers beruht auf einer Vereinbarung zwischen den Partheien, wonach der Beklagte dem Kläger Antheil an einer von ihm zu verdienenden Provision zugesichert hatte, die illiquide Gegenforderung des Beklagten auf einer ein Jahr später geschlossenen Vereinbarung, wonach der Kläger dem Beklagten für seine im Jahr 1854 vermittelten Bestellungen gewisse Provisionsantheile zu vergüten hatte. Freilich ist jene erste Vereinbarung veranlaßt worden durch das Dienstverhältniß, in welches der Beklagte im Jahre 1853 zum Kläger getreten war, und steht insofern mit diesem in einem gewissen Zusammenhange. Allein dieses frühere Dienstverhältniß, wonach der Beklagte gegen ein festes Salair für den Kläger auf dessen Kosten reisete, war von dem des folgenden Jahres, wo der Beklagte auf eigene Kosten gegen einen Antheil an der Provision des Klägers für denselben als Reisender eintrat, ein durchaus verschiedenes, beide beruheten auf besonderen selbstständigen Contracten, und so kann in

dieser Beziehung nicht gesagt werden, daß Forderung und Gegenforderung auf idem negotium beruhen. Es konnte daher keinen Anstand haben, den Beklagten sofort in das liquidum von fl. 492. 14 kr. zu verurtheilen und diese Verurtheilung an die Stelle der vom Appellationsgerichte erkannten treten zu lassen.

Was endlich

IV. die Nebenpunkte betrifft, so stellt sich

1) die gegen die Compensation der Kosten voriger Instanz gerichtete zweite Beschwerde des Beklagten als unbegründet dar, da, wenn gleich die Appellation des Klägers ganz, doch auch die des Beklagten hinsichtlich fast aller Beschwerden mit Recht verworfen worden ist.

2) Die Kosten dieser Instanz waren gleichfalls durchweg zu compensiren, da zwar die Appellationsbeschwerden des Beklagten bis auf Eine als unbegründet verworfen, der Adhäsion dagegen Statt gegeben werden mußte, der Kläger sich aber einer Beantwortung der Appellationsschrift gänzlich enthalten und mithin gar keine Kosten davon gehabt hat.

141.

W. H. aus Büdingen, Klägerin gegen **F. S.** von Offenbach, wohnhaft zu Frankfurt, Beklagten, Forderung von Alimenten betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.
vom 17. December 1856.

In Erwägung, daß

1) — — — — — — — — — — — — — — — —

2) die Klagbarkeit einer Alimentenforderung nicht von den Gesetzen des Orts, wo die Schwängerung stattgehabt, abhängt, und es daher in vorliegendem Falle nicht darauf ankommt, daß in Offenbach eine solche Forderung nicht eingeklagt werden kann,

3) da Beklagter in Abrede gestellt hat, der Klägerin zu einer der Geburt ihres Kindes entsprechenden Zeit geschlechtlich beigewohnt zu haben, der Klägerin der deßfallsige Beweis obliegt,

4) nach der eigenen Angabe der Klägerin, deren Kind am 9. December 1838 geboren, mithin anjetzt von einem Alimentationsbeitrage des Beklagten nur insoweit die Rede sein kann, als bei dessen Widerspruch die Klägerin zu beweisen vermögen wird, daß sie die beziehungsweise angegebenen, nach den obwaltenden Verhältnissen nicht zu hoch gegriffenen Beträge von wöchentlich 45 kr. und fl. 1 auf die Alimentation ihres Kindes bis zu dessen vollendetem 13ten Lebensjahre, welches Jahr sie als Schlußpunkt bezeichnet, verwendet habe, indem übrigens rücksichtlich dieses Beweises es dem Beklagten unbenommen bleibt, seine Behauptung, daß das Kind theils von mildthätigen Händen, theils von der Gemeinde Büdingen erhalten worden sei, gegenbeweislich darzuthun,

5) die von der Klägerin mit fl. 10 angesprochenen Kindbettkosten nicht zu beanstanden wären, selbst wenn dieselben nach der Behauptung des Beklagten in einer öffentlichen Entbindungsanstalt niedergekommen sein sollte, weil sie jedenfalls in Folge ihrer Schwangerschaft und Niederkunft einen Erwerb von nicht geringerem Betrage entbehrt haben würde,

6) die nach der vorstehend unter 4 erwähnten Sachlage zwar zulässige Einrede des Verzichts nicht gehörig substantiirt erscheint und überdieß Beklagter in der Schlußerklärung selbst angeführt hat, daß er die Summe von fl. 50 der Klägerin in der Hoffnung, von derselben nicht ferner belästigt zu werden, verabreicht habe, daher nur nach dem eigenen Zugeständniß der Klägerin sich deren Forderung um diese Summe zu vermindern hätte, und daß

7) die von dem Beklagten nach seiner Angabe seit dem Jahre 1853 auf das Kind der Klägerin verwendeten Beträge wegen Mangels der erforderlichen Specification und Substantiirung nicht in Betracht zu ziehen sind, auch selbst hiervon abgesehen, diese Auslagen als aus freiem Antriebe des Beklagten lediglich zum Vortheile des Kindes gemacht, der klägerischen Forderung gegenüber nicht in Compensation gebracht werden können,

wird für Recht erkannt:

I. — — — — — — — — — — — — — — — — — —

II. — — — — — — — — — — — — — — — — — —

III. Für den Fall der Erledigung der unter I. gemachten Cautions-Auflage hat Klägerin binnen einer annoch vorzuberaumenden Frist vorbehältlich des Gegenbeweises rechtsgenügend darzuthun:

a) daß Beklagter ihr zu einer der Geburt ihres Kindes entsprechenden Zeit geschlechtlich beigewohnt habe,

b) daß sie auf den Unterhalt ihres Kindes von dessen Geburt bis zum zurückgelegten 7ten Lebensjahre wöchentlich 45 kr. und von da an bis zum zurückgelegten 13ten Lebensjahre desselben wöchentlich fl. 1 oder wieviel weniger als die angegebenen Beträge verwendet habe,

worauf sowohl in der Hauptsache, als wegen der Kosten weiter erkannt werden soll, was Rechtens.

Erkenntniß des Appellationsgerichts II.

(Rechtsfacultät Tübingen vom 5. August 1857.)

Auf beiderseitige Appellation.

Erkannt:

1) daß die von der Klägerin erhobene Beschwerde als unbegründet zu verwerfen sei,

2) in Beziehung auf die vom Beklagten geschehene Berufung aber, daß es bei den durch den stadtgerichtlichen Bescheid vom 17. December 1856 zum Beweis, vorbehältlich des Gegenbeweises, verstellten Thatsachen allein nicht zu belassen sei, daß vielmehr neben denselben die Klägerin binnen der überhaupt von dem löblichen Stadtgerichte noch vorzuberaumenden Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises für den Beklagten binnen derselben Frist, noch weiter rechtsgenügend darzuthun habe,

entweder

daß nach den Rechtsnormen, welche in der Zeit von der Geburt des Kindes bis zum zurückgelegten 13ten Lebensjahre desselben im Großherzogthum Hessen gegolten haben, außerehelich gezeugten Kindern Ansprüche auf Alimente gegenüber von ihrem Erzeuger zugestanden sind,

oder

daß der Beklagte der Klägerin das Versprechen gegeben habe, für die Ernährung des von ihm gezeugten Kindes sorgen zu wollen.

Hierauf wird in der Hauptsache und der Kosten wegen weiter ergehen, was Rechtens ist, mit Ausnahme der Kosten der gegenwärtigen Instanz.

Was diese betrifft, so hat die Klägerin die Kosten ihrer Appellation zu tragen, beziehungsweise zu ersetzen. Die Kosten der Appellation des Beklagten werden verglichen, dagegen hat der Beklagte die Versendungskosten und Urtheils-Gebühren allein zu tragen.

Durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 30. November 1857 wurde das Erkenntniß des Appellationsgerichts auf Appellation der Klägerin unter Verurtheilung der Klägerin in die Kosten dieser Instanz bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Die von der Klägerin aufgestellten Beschwerden mußten sämmtlich als unbegründet verworfen werden.

I. Die erste Beschwerde geht gegen die dem Beklagten wegen verspäteter Einlegung der Appellation in voriger Instanz ertheilte Restitution.

Daß die Verspätung ihren Grund in der Person des Anwalts und nicht des Beklagten selbst hatte, ist von der Klägerin in ihrer Erklärung auf das Restitutionsgesuch gar nicht bestritten worden, bedurfte also keines Beweises weiter. Was die Klägerin gegen die über die Krankheit des beklagtischen Anwalts gelieferte Bescheinigung erinnert hat, würde unter diesen Umständen nur auf die Frage, ob eine Nachlässigkeit des Anwalts zu ahnden sei, von Einfluß haben sein können, und diese Frage könnte überhaupt keinen Gegenstand der Beschwerde für die Klägerin bilden.

II. Die zweite Beschwerde ist eine Wiederholung des in der vorigen Instanz von der Klägerin aufgestellten gravamen unicum, dahin gerichtet, daß ihr (sub III. B. des stadtgerichtlichen Erkenntnisses) der Beweis, auf den Unterhalt des Kindes wöchentlich 45 kr. resp. fl. 1. oder wieviel weniger verwendet zu haben, auferlegt worden sei.

Es genügt wegen dieser, in jetziger Instanz gar nicht weiter ausgeführten Beschwerde im Allgemeinen eine Verweisung auf die Entscheidungsgründe des vorigen Urtheils, und bedarf nur noch der Bemerkung, daß zwar da, wo die Ernährung eines unehelichen Kindes durch die Mutter außer Zweifel steht, der Alimentenbeitrag des Vaters nicht bloß für die Zukunft, sondern auch hinsichtlich des Ersatzes für die Vergangenheit durch richterliches Ermessen in seiner Größe bestimmt werden kann, daß aber im vorliegenden Fall gerade bestritten ist, ob die Klägerin ihr Kind überhaupt, oder doch während des ganzen in Frage stehenden Zeitraums selbst unterhalten habe, und daß deßhalb hier eine Beweisauflage über den durchschnittlichen Betrag der Aufwendung unentbehrlich war, womit indessen das Eintreten des richterlichen Ermessens für diejenigen Zeiten, für welche die Klägerin die alleinige Bestreitung des Unterhalts ihres Kindes erweisen sollte, keineswegs abgeschnitten ist.

III. Mittelst der dritten, vierten und fünften Beschwerde verlangt die Klägerin principaliter, daß nicht das Großherzoglich Hessische, sondern lediglich das Frankfurtische Recht hier zur Anwendung komme, eventuell, daß der Beweis über den Inhalt des Großherzoglich Hessischen Rechts dem Beklagten aufgelegt werde.

In den Entscheidungsgründen des vorigen Urtheils ist genügend

auseinandergesetzt worden, daß es für die vorliegende Klage nur darauf ankommt, ob der Beklagte während des Zeitraums von 1838 bis 1851 zur Alimentation des von der Klägerin gebornen Kindes verpflichtet war, daß aber die Entscheidung dieser Frage in keinem Falle aus dem Frankfurtischen Recht entnommen werden kann, welche Ansicht man auch über den Rechtsgrund der Alimentationspflicht des unehelichen Vaters befolgen möge, vielmehr, da die Klägerin sich nirgends darauf gestützt hat, daß ihr Anspruch etwa durch den in jene Zeit fallenden Aufenthalt des Beklagten in England vermöge des dort geltenden Rechtes begründet werde, das Großherzoglich Hessische Recht zur Anwendung gebracht werden muß.

Zweifelhaft könnte nur die eventuell bestrittene Beweislast sein, da der Klägerin das gemeine Recht in Betreff der Alimentationspflicht des unehelichen Vaters zur Seite steht, an sich daher der Beklagte nachzuweisen hatte, daß im Großherzogthum Hessen eine Ausnahme hiervon bestehe. Allein da der Inhalt des im Großherzogthum Hessen im Mai 1821 erlassenen Gesetzes, wie er in der sententia a qua zu Grunde gelegt wurde, schon mehrfach in der juristischen Literatur behandelt worden ist,

vergl. Gatt, Ausführungen über die rechtlichen Verhältnisse der außerehelichen Kinder. Bd. I. Nördlingen 1851. Seite 15—22.

so konnte es keinem Bedenken unterliegen, denselben als hinlänglich bekannt anzunehmen und vermöge der Präsumtion für die Fortdauer einer gesetzlichen Norm die Beweispflicht des Beklagten bereits für erfüllt zu erachten, so daß es der Klägerin nicht zur Beschwerde gereicht, wenn ihr überlassen worden ist, für die hier fragliche Zeit einen anderen Inhalt der Großherzoglich Hessischen Gesetzgebung nachzuweisen.

IV. Die sechste und siebente Beschwerde sind dahin gerichtet, daß der Beweis eines vom Beklagten wegen Ernährung des Kindes abgelegten Versprechens nicht in der von der Klägerin beantragten Fassung vorbehalten und sie im Falle des Gelingens nicht von allen anderen ihr auferlegten Beweisen, mindestens von dem Beweise (sub III. A.), daß Beklagter ihr zu einer der Geburt ihres Kindes entsprechenden Zeit geschlechtlich beigewohnt habe, für befreit

erachtet worden sei. Die in der Sententia a qua gewählte Fassung des Beweissatzes ist im Vergleiche zu der von der Klägerin beantragten, wenn es bei dem Beweis sub III. A. des Stadtgerichts bleibt, in keiner Weise beschränkend. Der Zweck der 6ten Beschwerde kann daher nur in ihrer Verbindung mit der 7ten gefunden werden, und diese ist verwerflich. Denn insofern die Klägerin durch den Nachweis des fraglichen Versprechens von dem Beweis des Beischlafs zur entsprechenden Zeit frei werden will, steht ihr die Rechtskraft entgegen, da sie gegen diese letztere Beweisauflage gar keine Appellationsbeschwerde in voriger Instanz erhoben hat und auch die Aeußerung in der Vernehmlassung voriger Instanz, welche sie jetzt als eine Adhäsivbeschwerde darzustellen sucht, lediglich darauf gerichtet ist, daß die Anwendung des Großherzoglich Hessischen Rechtes durch das angebliche Versprechen des Beklagten beseitigt werde, also den Beweissatz sub III. A. gleichfalls ganz unangefochten läßt. Unbegründet ist aber auch das Verlangen, von der Beweisauflage sub III. B. befreiet zu werden, da die Klägerin aus dem Versprechen des Beklagten keinen Ersatzanspruch herleiten könnte, wenn die Ernährung des Kindes nicht von ihr, sondern von Armenkassen oder dritten Personen bestritten worden sein sollte.

Ueber die Kosten voriger Instanz ist keine selbstständige Beschwerde geführt worden. Die Kosten jetziger Instanz mußten aber, bei der Bestätigung in der Hauptsache, der Klägerin zur Last fallen.

142.

Schnepp'sche Armenstiftung zu Hanau, Klägerin gegen **Simon Hoffmann**, Beklagten, Forderung, jetzt Beweisführung betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 22. December 1857.

Da die Berufungsschrift nach

§ 60 des Gesetzes über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen vom Jahr 1848

bei Vermeidung der Abweisung des Rechtsmittels die Angabe der Beschwerden und die Anträge des Beschwerdeführers enthalten soll, nun aber Klägerin in voriger Instanz bei Einführung ihrer Appellation bloß darüber, daß „ihr aufgegeben worden sei, noch erst zu beweisen,"

„„daß die in der Sententia a qua erwähnten Zinsenposten von dem Vater des Beklagten am oder vor dem 19. November 1853 eingenommen worden,""

sich beschwert, und dies Gravamen, welches an sich, wenn man das Wort „ihr" urgirte, allenfalls noch dahin, daß auch die Beweispflicht der Klägerin habe bestritten werden sollen, sich auffassen ließe, selbst in dem Petitum,

„reformatorie dahin zu erkennen, daß der fragliche Beweis für geführt zu erachten,"

in einer Weise interpretirt hat, welche, zumal in Verbindung mit den obigen Worten „noch erst," deutlich entnehmen läßt, daß die stadtgerichtliche Beweisauflage nur wegen bereits vollständig in den Acten vorliegender Gewißheit über jene durch den Vater erfolgte Vereinnehmung der streitigen Zinsenposten als überflüssig habe angefochten werden sollen, so hat Appellat mit gutem Grunde der formellen Statthaftigkeit derjenigen Beschwerden und Anträge widersprochen, welche klägerischerseits schon in voriger Instanz in der erst beinahe sechs Jahre nach Introduktion des Rechtsmittels zu den Acten gekommenen Rechtfertigungsschrift und mit geringer Abweichung jetzt wieder in den beiden ersten Sätzen des Grav. I. und deßhalb

gestellt worden sind, weil das Stadtgericht nicht die gegen siebzehn Zinsen-Einnahme-Posten der väterlichen Rechnung vom Beklagten erhobenen Einwendungen von vornherein als unzulässig und unbegründet, resp. unerheblich verworfen, eventualiter nicht deren Beweis und daß von seinem Vater jene Zinsen nicht eingenommen wären, dem Beklagten auferlegt habe. Es kann auch, daß die Sententia a qua diesen formellen Streitpunkt ganz mit Stillschweigen übergangen, und daß Beklagter seinerseits bei derselben sich beruhigt hat, Letzterem um so weniger präjudiciren und der Erneuerung jenes Widerspruchs entgegenstehen, weil Beklagter bei dem ihm durchaus günstigen Inhalt der Sententia a qua zu deren Anfechtung keinerlei Veranlassung hatte, überdieß auch auf die formelle Stattnehmigkeit der erhobenen Beschwerden schon von richterlichen Amtswegen Rücksicht zu nehmen wäre. Nach der hiermit gegebenen formellen Sachlage konnte mithin zunächst dieß überall nicht weiter in Frage kommen, ob bei der hier fraglichen nachträglichen Anfechtung von Einnahme-Posten einer bereits gelegten und ordnungsmäßig abgeschlossenen Rechnung die Beweislast, sowohl an sich und den Rechten nach, als Inhalts des früheren diesseitigen Urtheils vom 26. November 1846, welches zu dem jetzigen Monitur-Verfahren geführt hat, oder nach den concreten, aus den über den Rechnungs-Abschluß des Jahres 1834 jetzt vorgelegten Documenten sich ergebenden Umständen, den Rechnungssteller, resp. hier den Beklagten als dessen Rechtsnachfolger, oder aber den Rechnungsnehmer, mithin hier die klägerische Armenstiftung treffe. Und ebenso mußte, ob die von Beklagtem erhobenen Einwendungen als wahre Einreden zu gelten hätten, und ob von diesem Gesichtspunkte aus sie als der gehörigen Substantiirung ermangelnd oder gar als völlig unbegründet oder doch unerheblich zu bezeichnen sein dürften, ganz dahingestellt bleiben. Vielmehr war mit gänzlicher Beiseitsetzung der principalen und ersten eventuellen Beschwerde der Klägerin und aller ihrer hieran sich anschließenden Argumentationen voriger und jetziger Instanz, lediglich bei dem anfänglich alleinigen, und dann sowohl in der Justificationsschrift voriger Instanz, sowie im jetzigen Libell in omnem eventum gestellten Gravamen stehen zu bleiben, daß nicht der der Klägerin auferlegte Beweis für bereits vollständig erbracht anerkannt worden, und da auch die Fassung des fraglichen Beweises weder einen Gegenstand besonderer Beschwerde

Digitized by Google

bildet, noch auch gelegentlich der justificatorischen Ausführungen bezüglich ihrer Richtigkeit und Angemessenheit angefochten worden ist, mithin gleichfalls als rechtskräftig feststehend zu betrachten war, so konnte nur dieß in Frage kommen, ob wirklich aus den Acten mit Gewißheit sich entnehmen lasse, daß des Beklagten Vater die hier streitigen Zinsenposten selbst noch, und daß er solche am oder vor dem 19. November 1833 eingenommen habe.

Nun ist allerdings einerseits nicht zu verkennen, daß diejenigen Behauptungen und Folgerungen, durch welche Beklagter seine monita gegen die fraglichen Zinsposten und deren Nichtvereinnahmung durch seinen Vater, resp. deren erst nach jenem Termine erfolgten Eingang zu motiviren und zu unterstützen versucht hat, zu großem Theile als noch unerwiesen, resp. als irrelevant und inconcludent sich darstellen. Andererseits liegen sehr erhebliche Wahrscheinlichkeitsgründe dafür in den Acten vor, daß der Vater des Beklagten vor dem 19. November 1833 die bestrittenen Zinsposten eingenommen habe, in welcher Hinsicht, unter Bezugnahme auf dasjenige, was in solchem Betrachte schon in den vorderen Erkenntnissen zu Gunsten der Klägerin bemerkt worden, hier nur hervorgehoben werden mag, theils daß, wenn wirklich alle jetzt angefochtenen Zinsen-Einnahmen im Betrage von zusammen fl. 793. 27 kr. am 19. November 1833 noch ausständig gewesen wären, es sich schwer begreifen ließe, wie auch nur bei dem ersten vorläufigen, durch den Beklagten selbst beschafften Rechnungsabschluß der muthmaaßliche Defect des Vaters sich zu der Summe von fl. 1600, für welche Beklagter ex promittendo eintrat, hätte herausstellen können, theils daß das väterliche Anerkenntniß der Rechnung, sowohl im Ganzen, als in deren einzelnen Positionen und hinsichtlich des hiernach sich ergebenden Defect-Betrags, welches schon in der vom Vater bewirkten Rechnungs-Aufstellung, vollends aber indessen zu den monitis des Presbyterii gegebenen Erläuterungen liegt, natürlich in dem Maaße an Gewicht und Beweiskraft, auch dem Beklagten gegenüber gewonnen hat, als aus der jetzt erfolgten Vorlegung der Original-Rechnung und aus den weiter von der Klägerin vorgelegten Documenten sich ergibt, daß Legung und Abschluß der Rechnung in einer Weise stattgefunden hat, welche als ordnungsmäßig anerkannt werden muß, auch dem Beklagten in formeller Hinsicht zu keinerlei Ausstellungen Anlaß gegeben hat.

Wie indessen von dem als rechtskräftig gegebenen Standpunkte aus, daß Klägerin beweispflichtig sei, die Irrelevanz und Insufficienz einzelner obmota des Beklagten, nachdem er überall deutlich und entschieden die Vereinnahmung durch den Vater, resp. zur entscheidenden Zeit in Abrede gestellt hat, nicht weiter in Betracht kommen kann, so ist auch, zumal das vom Vater in seinen Erläuterungen zu den Presbyterial-Monituren ausgesprochene Anerkenntniß mehrfach nur als ein bedingtes sich darstellt, und die Buchung der streitigen Posten nur theilweise von des Vaters Hand herrührt, für die Richtigkeit des rectificirten Rechnungs-Abschlusses keinenfalls, wie auch implicite die Klägerin selbst ad Grav. 3 anerkannt hat, ein solcher Beweis vorhanden, welchem gegenüber jedes Bedenken schwinden müßte, oder dem Beklagten auch ein etwaniger Gegenbeweis-Versuch abgeschnitten werden dürfte. Es mußte daher in letzterer Richtung jedenfalls noch zu einer Beweisführung kommen, und da die Möglichkeit, daß das Presbyterium, wie es bei einzelnen Posten schon durch Vorlegung von Quittungsbüchern geschehen ist, noch anderweit deren Vereinnehmung durch den Vater zu unterstützen vermöchte, sich nicht verkennen läßt, überhaupt auch die Eröffnung eines vollständigen Beweisverfahrens, sobald ein Gegenbeweis annoch freizulassen ist, sich empfiehlt, so erschien die Bestätigung der Sententia a qua um so unbedenklicher und angemessener, als selbstverständlich für den Fall, daß das neue Haupt- wie Gegenbeweis-Verfahren keine weiteren Momente ergibt, dem Gerichte erster Instanz zu freier Erwägung verstellt bleibt, ob und inwieweit, entweder überhaupt oder in Betreff einzelner Posten, das dermalen schon vorliegende Beweis-Material genüge, um, wenn nicht definitiv zu Beklagtens Ungunsten, doch auf einen von dem Presbyterium zu leistenden Erfüllungseid zu erkennen.

Die Kosten der jetzigen, erfolglosen und großentheils formell unstatthaften Appellation waren der Klägerin ebenso zur Last zu bringen, als solches bewandten Umständen nach für die vorige Instanz mit Recht geschehen und ohne Grund in dem Grav. II. klägerischer Seits angefochten worden ist.

143.

L. D., Klägerin wider **F. C. M. W.**, Beklagten wegen Schwängerung und Eheversprechen, jetzt geführten Beweis in specie die geforderte Satisfaction betreffend. *)

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 28. April 1856.

Da es nunmehr als erwiesen erscheint, daß Beklagter der Klägerin die Ehe nicht versprochen hat, daher auch eine Entschädigung wegen nicht erfüllten Eheversprechens nicht zu leisten hat, dagegen der Beweis, daß derselbe mit der Klägerin zur entsprechenden Zeit geschlechtlichen Umgang gepflogen und ihr zur Alimentation ihres Kindes monatlich fl. 8 zugesagt habe, erbracht ist, so

1) wird Klägerin mit dem Anspruch auf Entschädigung wegen Nichtvollzugs des behaupteten klägerischen Eheversprechens abgewiesen;

2) ist Beklagter schuldig, zur Alimentation des von der Klägerin am 9. Juli 1850 gebornen Kindes vom Monat März 1852 ab monatlich fl. 8 an die Klägerin zu bezahlen, auch, soviel hiervon bereits fällig ist, binnen drei Wochen an dieselbe zu entrichten;

3) ist Beklagter schuldig, der Klägerin die Hälfte der derselben entstandenen Prozeßkosten zu ersetzen.

Auf Appellation der Klägerin wurde vorstehendes Erkenntniß durch Urtheile des Appellationsgerichts vom 11. August 1856 und des Ober=Appellationsgerichts vom 30. December 1857 unter Verfällung der Appellantin in die Kosten beider Instanzen bestätigt.

---

*) Vergl. Bd. I. Seite 142. Bd. II. Seite 172, 302. Bd. III. Seite 49.

Digitized by Google

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die Klägerin beschwert sich darüber, daß sie in beiden vorigen Instanzen mit ihrem Anspruche auf eine Entschädigung von fl. 500 abgewiesen, und daß ferner Beklagter nur schuldig erkannt sei, ihr die Hälfte der in erster Instanz erwachsenen Prozeßkosten zu erstatten. Dieser letztere Theil der Beschwerde ist indessen nur consecutiv, und erledigt sich, wenn der erste Theil verwerflich sein sollte. Dies aber ist er aus folgenden Gründen.

Die Klägerin hat ihre Klage bestimmt darauf gegründet, daß der Beklagte sie unter Versprechen der Ehe zu Falle gebracht und außer bestimmten monatlichen Alimenten für das von ihm erzeugte Kind ihr persönlich wegen Nichterfüllung des ihr geleisteten Eheversprechens eine Entschädigungssumme von fl. 500 zugesagt habe. Dagegen hat der Beklagte excipiendo sowohl die Schwängerung, als auch ein von ihm geleistetes Eheversprechen, und folgeweise, wegen Nichterfüllung desselben der Klägerin fl. 500. versprochen zu haben, in Abrede gestellt und nur zugegeben, ihr, als sie zur Zeit seiner Verlobung mit seiner gegenwärtigen Frau, unter Anzeige, von ihm schwanger zu sein, gedroht habe, ihn als ihren Schwängerer seiner Braut und deren Eltern zu bezeichnen, und klagend gegen ihn aufzutreten, als gänzliche Abfindung für alle aus der angeblichen Schwängerung zu erhebenden Ansprüche, einschließlich der auf Alimentation des Kindes, fl. 500 versprochen zu haben. Gleichwohl ist die Klägerin in ihrer Replik bei der Behauptung ihrer Klage stehen geblieben, hat nicht etwa das Zugeständniß des Beklagten auch nur insoweit sich angeeignet, daß das Versprechen der fl. 500 den von ihm angegebenen Grund gehabt habe, sondern nach wie vor behauptet, nicht nur, daß der Beklagte ihr jene fl. 500 neben fl. 8 monatlicher Alimente für das Kind, sondern auch, daß er jene fl. 500 lediglich als Abfindung für ein nicht erfülltes Eheversprechen gelobt habe.

Demgemäß ist denn auch in dem rechtskräftig gewordenen Beweisinterlocute des Appellationsgerichts vom 13. April 1853 auf den Beweis dieses Klagfundaments erkannt, indem der Klägerin zwar nicht der Beweis auferlegt ist, daß der Beklagte ihr wegen Nichterfüllung des Eheversprechens, außer Alimenten für das Kind, fl. 500

zugesagt habe, aber doch einerseits der Beweis, daß der Beklagte zu einer ihrer Niederkunft entsprechenden Zeit sich mit ihr fleischlich vermischt und ihr bei dieser Gelegenheit die Ehe versprochen habe, und andererseits auch der Beweis, daß Beklagter ihr versprochen habe, monatlich fl. 8 Alimente für das Kind zu bezahlen: indem das Appellationsgericht ohne Zweifel angenommen hat, daß, nachdem der Beklagte das Versprechen einer Abfindungssumme von fl. 500 im Allgemeinen zugestanden habe, die Wahrheit der klägerischen Behauptung schon dadurch hergestellt werden würde, wenn sie obige beide Beweise erbringe, da, wenn ein Eheversprechen erwiesen sei und zugleich ein besonderes Alimentenversprechen, dann ohne Weiteres zu folgern sei, daß er mit der behaupteten Abfindung wegen Bruchs der ersteren seine Richtigkeit habe.

Die Klägerin irrt daher, wenn sie vermeint, daß in Folge des Zugeständnisses des Beklagten ihr Anspruch auf eine besondere Entschädigungssumme von fl. 500 in der Weise bereits rechtskräftig feststehe, daß dieser Betrag ihr, nachdem der Beklagte nicht habe beweisen können, darauf bereits Zahlungen geleistet zu haben, jedenfalls werden müsse. — Denn wenn sie sich hinfür namentlich darauf beruft,

1) daß es in den Motiven des rechtskräftigen Beweisinterlocuts heiße, der Beklagte stelle nicht in Abrede, sich mit der Klägerin auf eine Abfindungssumme von fl. 500 verglichen zu haben;

2) daß dem Beklagten unter anderen auch der Beweis, daß er fl. 301 oder wieviel weniger auf die Abfindungssumme von fl. 500 bezahlt und der Klägerin der ihr deßhalb deferirte Eid über die Negative dieses Factums auferlegt, der Anspruch auf diese Abfindungssumme mithin hier als an sich existent angenommen worden sei,

so erledigt sich

ad 1) der erste Grund durch die obige Ausführung, indem dennoch der Sinn jener Aeußerung in den Entscheidungsgründen nur der ist, daß die Höhe der versprochenen Abfindungssumme vom Beklagten zugestanden sei.

Was aber

ad 2) die Fassung des hier gedachten Beweissatzes und der entsprechenden Eidesformel betrifft, so ist diese völlig irrelevant, weil es

auf den Beweis der vom Beklagten behaupteten theilweisen Abbezahlung ankam, auch wenn die Abfindungssumme nur so, wie Beklagter sie zugestanden hat, nämlich als eine nicht wegen Verzichts auf ein Eheversprechen, sondern wegen aller Ansprüche der Klägerin aus der Schwängerung, einschließlich der Alimente, versprochene zum Grunde gelegt ward.

Vielmehr ist es klar, daß die Klägerin, um mit ihrem Anspruche auf die fl. 500 Entschädigung durchzudringen, nicht nur beweisen mußte, daß der Beklagte ihr noch besonders fl. 8 monatlicher Alimente für das Kind, sondern auch, daß er ihr die Ehe versprochen gehabt habe. Denn bewies sie zwar das Zweite, nicht aber das Erstere, so fehlte der Beweis des vom Beklagten geleugneten Umstandes, daß er, außer den Alimenten für das Kind, der Klägerin persönlich fl. 500 versprochen habe; bewies sie dagegen das Erste, nicht aber das Zweite, so fehlte es überhaupt an dem Beweise des Entschädigungsversprechens, sowie die Klägerin ein solches behauptet hat, da es ohne ein Eheversprechen auch keinen Verzicht darauf gibt, und folglich auch eine Entschädigung wegen solchen Verzichts nicht stattgefunden haben kann.

Nun hat sich zwar die Behauptung des Beklagten, daß er die fl. 500 als Abfindung für alle Ansprüche der Klägerin aus der Schwängerung ihr versprochen habe, durch das von dieser abgeleistete Suppletorium als unwahr herausgestellt.

Allein da andererseits die Klägerin den ihr auferlegten Beweis des Eheversprechens nicht hat erbringen können, mithin die von ihr behauptete causa des Entschädigungsanspruchs unerwiesen ist, so haben die vorigen Richter mit Recht diesen Anspruch verworfen.

Dagegen konnte der Bemerkung in den Entscheidungsgründen zum vorigen Urtheile, daß durch den Ausgang des gegenwärtigen Prozesses der Klägerin die Geltendmachung der ihr an und für sich aus der erwiesenen Schwängerung zustehenden Ansprüche auf Satisfaction abgeschnitten sei, nicht beigepflichtet werden, indem die gegenwärtige Klage nur auf geleistete Versprechungen des Beklagten gegründet worden ist, die theilweise Abweisung derselben mithin einer aus einem anderen Fundamente anzustellenden Klage nicht entgegenstehen würde.

144.

Mendel Aron Loeb Lehmann, Kläger gegen die Direction **der Main-Dampfschiffahrts-Gesellschaft,** Beklagte, Entschädigung, jetzt Beweisführung und Cautionsleistung betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. December 1857.

Von den drei Beschwerden, welche die Beklagte in jetziger Instanz aufgestellt hat, umfaßt die erste Zweierlei, indem sie theils gegen die Zulassung eines Editionsgesuches des Klägers, theils gegen eine der Beklagten auferlegte cautio judicatum solvi gerichtet ist. Die Beurtheilung dieses letzteren, ganz für sich bestehenden Incidentpunktes folgt besser erst weiter unten, nach der zweiten Beschwerde.

Soviel nun

I. den ersten Theil der ersten Beschwerde betrifft, so verlangt die Beklagte, daß das Editionsgesuch, welches der Kläger zum Behuf seines Gegenbeweises gegen einen Theil des der Beklagten auferlegten Einredebeweises angebracht hat, verworfen und damit in diesem Punkt das stadtgerichtliche Erkenntniß wiederhergestellt werde. Das Editionsgesuch aber war auf Vorlegung der Verladungsbücher der Beklagten und der Liste der mit dem Schleppkahn Franke am 2. September 1854 verladenen Gegenstände gerichtet. Diese Beschwerde mußte für begründet erachtet werden.

Daß der Kläger ein erhebliches Interesse hat, den Inhalt der von ihm verlangten Urkunde kennen zu lernen, ist nach Lage der Sache keinem Zweifel unterworfen. Allein das Vorhandensein eines solchen Interesses kann, wie das Ober-Appellationsgericht schon wiederholt erkannt hat, für sich allein keine Editionspflicht des Gegners begründen. Es bedarf vielmehr eines speciellen Rechtsgrundes hierfür, und wenngleich in dieser Beziehung die Vorschrift der Reform. Theil I. Tit. 31. § 20 nicht als Beschränkung des gemeinen Rechts

aufgefaßt werden darf, so waren doch die für das vorliegende Editionsgesuch geltend gemachten Gründe nicht zutreffend. Wenn sich nämlich der Kläger zunächst

1) auf eine prozessualische Pflicht der Beklagten beruft, weil die verlangten Urkunden zum direkten Gegenbeweis gegen eine Einrede benutzt werden sollen, so ist zwar die Ansicht, daß der Kläger zur Vertheidigung gegen Einreden ebenso die Edition von Urkunden begehren könne, wie der Beklagte zur Vertheidigung gegen die Klage, eine sehr verbreitete. Sie beruht jedoch auf einer zu weit gehenden Anwendung des Satzes: reus excipiendo fit actor. Der Unterschied, den die Gesetze selbst rücksichtlich der Editionspflicht zwischen dem Kläger und dem Beklagten aufstellen,

l. 5. 6. 8. C. de edendo (2. 1.)

beruht unverkennbar auf der angreifenden Stellung des Klägers für den ganzen Prozeß, und nicht auf derjenigen, welche die eine wie die andere Parthei hinsichtlich der einzelnen ihr zum Beweise obliegenden Behauptungen einnimmt. Der nämliche Grund, aus welchem auch in anderen Beziehungen, bei sonst gleichen Verhältnissen der Partheien, der Beklagte als solcher einen Vorzug genießt, gewährt ihm den ausgedehnten Anspruch auf Urkunden-Edition. Es ist nur seine **allgemeine** prozessualische Stellung, welche hier wie dort in Betracht kommt. Daraus folgt aber die Unzulässigkeit einer analogen Ausdehnung der klägerischen Editionspflicht auf den Beklagten von selbst. Jene Ansicht hat deßhalb auch neuerer Zeit mehrfachen Widerspruch gefunden:

Glück, Comment. Bd. 22, Seite 122.
Bayer, Vorträge, ed. 7, Seite 588.
v. Vangerow, Pand. III., Seite 637.

und das Ober-Appellationsgericht hat sich bereits in einer anderen Sache ebenfalls dahin entschieden, daß der Kläger zum Behuf des direkten Gegenbeweises gegen Einreden keine Edition vom Beklagten fordern könne.

2) Der Kläger macht ferner geltend, die Pflicht der Argentarien zur Vorlegung ihrer rationes sei durch den Gerichtsgebrauch auf die für den öffentlichen Verkehr angestellten und zur Führung genauer Register verpflichteten Personen ausgedehnt worden. Allein

diese Ausdehnung läßt sich, wenn überhaupt doch nur für solche Personen behaupten, welche zur Betreibung eines Verkehrs-Geschäftes unter öffentlicher Autorität angestellt und vermöge dieser Autorisation zur Führung gewisser Bücher oder Register verpflichtet sind. Die Erlaubniß zur Bildung einer Actiengesellschaft für einen gewissen Verkehrbetrieb ist aber etwas von einer öffentlichen Anstellung ganz verschiedenes, und daß der beklagten Gesellschaft von Staatswegen die Pflicht zur Führung von Verladungsbüchern und Registern auferlegt sei, ist vom Kläger nicht einmal bestimmt behauptet worden. Auch die Ausdehnung jener Vorschrift auf die Handelsbücher der Kaufleute,

vergl. Wetzell, Syst. I. Seite 142.

würde hier nicht in Betracht kommen, da aus den Verhandlungen der Partheien ebenso wenig zu entnehmen ist, ob den Verladungsbüchern der Beklagten eine den Handelsbüchern gleiche Eigenschaft beigelegt werden kann.

3) Endlich stützt sich der Kläger darauf, daß die fraglichen Verladungsbücher und Listen gemeinschaftliche Documente seien. Nun ist es zwar richtig, daß eine Urkunde nicht bloß im Falle wirklichen Miteigenthums, sondern auch dann als eine gemeinschaftliche der Editionspflicht unterliegt, wenn der Antragsteller eine Person ist, zu deren Gebrauch sie verfertigt wurde, oder deren Rechtsverhältnisse dadurch regulirt werden sollen. Auch ist dem Kläger zuzugeben, daß die Editionspflicht dann nicht nothwendig davon abhänge, ob in jedem einzelnen Falle der Inhalt der Urkunde als außergerichtliches Geständniß betrachtet werden könne. Zum Begriff der Gemeinschaftlichkeit in dem angegebenen Sinne genügt es aber nicht, wenn die in einer Urkunde gemachten Aufzeichnungen objectiv die Rechtsverhältnisse des Antragstellers mit berühren, vielmehr ist es gerade wesentlich, daß die Beziehung der Urkunde auf diese Rechtsverhältnisse eine bei der Anfertigung beabsichtigte gewesen sei, daß die Feststellung oder Sicherung der Rechtsverhältnisse in der Bestimmung der Urkunde gelegen habe.

Frankf. S. Strunck ca. Rolffs & Comp. October 1852 *).

---

*) Siehe Seite 406.

Es kann jedoch ohne nähere Aufklärung über den Anlaß und Zweck der fraglichen Verladungsbücher und Listen nicht ohne Weiteres vorausgesetzt werden, daß die Beklagte dieselben zugleich im Interesse der einzelnen Ladungsinteressenten und zum Zwecke der Feststellung ihrer Rechtsverhältnisse führe. Vielmehr muß im Zweifel angenommen werden, daß dieselben nur dazu bestimmt seien, für die beklagte Gesellschaft selbst und die Ordnung ihrer eigenen Geschäftsverwaltung zu dienen. Es wäre daher auch hier Sache des Klägers gewesen, eine weiter gehende Bestimmung der fraglichen Urkunden, sei es in allgemeiner Beziehung auf den Betrieb der Flußschifffahrt überhaupt, sei es für die Geschäftsführung der Beklagten im Besonderen nachzuweisen.

Wenn das Appellationsgericht zu Gunsten des Klägers geltend macht, er sei berechtigt, die Belastungsfähigkeit des benutzten Fahrzeuges zu untersuchen und Ausweis über die stattgehabte Belastung zu verlangen, so wird ersteres von der Beklagten selbst nicht bestritten, letzteres findet aber seine Erledigung bereits darin, daß die Beklagte in Beziehung auf den in Frage stehenden Unfall die beweispflichtige Parthei ist, also auch die Innehaltung des richtigen Maaßes der Belastung mit darzuthun haben wird, während daraus nicht gefolgert werden kann, daß sie dem Kläger auch noch Mittel zur Führung seines Gegenbeweises zu liefern habe.

II. Die zweite Beschwerde, eine Wiederholung des in voriger von der Beklagten aufgestellten grav. 1 gegen die Verwerfung des Capitäns Kittel als Zeugen in dieser Sache gerichtet, war als unbegründet zu verwerfen.

Nach der Vorschrift der Reform. Theil I. Tit. 33. § 13 unterliegt es keinem Zweifel, daß ein Zeuge nicht bloß dann, wenn er selbst Parthei im Prozesse ist, sondern auch dann, wenn er nur mittelbar durch den Ausgang des Rechtsstreites betroffen, namentlich dem Producenten regreßpflichtig sein sollte, als unzulässig verworfen werden muß. Ebenso gewiß ist es aber, daß der Capitän Kittel, wenn sich herausstellen sollte, daß durch sein Verschulden die Beschädigung der für den Kläger bestimmten Waaren am 2. September 1854 herbeigeführt sei, der Beklagte regreßpflichtig sein würde. Nun kann freilich das eigene Interesse eines Zeugen unter Umstän-

den ein so entferntes unbestimmtes oder geringfügiges sein, daß es dem in die eidliche Verpflichtung zu setzenden Vertrauen gegenüber seine Bedeutung mehr oder weniger verliert; und dann liegt in der Zulassung des Zeugen keine wahre Abweichung von der gesetzlichen Vorschrift. — Auf einen Fall der Art bezog sich das von der Beklagten angeführte Präjudicat des Ober-Appellationsgerichts in einer Bremischen Sache von 1824, wie denn auch in mehreren Frankfurtischen Sachen noch neuerlich in gleichem Sinne entschieden worden ist:

Götz ca. Horix, Februar 1852 *).
Kurtzrock ca. Henrich, September 1853 **).
Hitzel ca. Söldner, December 1856 ***).

Hier handelt es sich aber um die Verantwortlichkeit des Capitän Kittel für die gesammte vom Kläger in Anspruch genommene Entschädigung von fl. 1257. 58 kr., also um einen für einen Mann seines Standes schon sehr erheblichen Verlust, welcher, falls im jetzigen Prozeß sich sein Verschulden ergeben sollte, nicht als ein bloß möglicher, sondern als ein sehr wahrscheinlich in Aussicht stehender erscheint.

Der Grund aber, aus welchem die Beklagte hauptsächlich die Zulassung des Zeugen vertheidigen zu können meint, ist ein nach der factischen Lage der Sache nicht zutreffender. Sie hebt nämlich hervor, der Zeuge solle nur über den ersten Beweissatz der Beklagten vernommen werden, welcher nicht etwa das Verfahren des Capitäns bei Bergung der geladenen Waaren, sondern nur das Leckwerden des Schleppkahns betreffe, und dieses letztere könne, wenn keine vis major vorgelegen haben sollte, allein der fehlerhaften Leitung des vom Capitän nicht angestellten Kahnführers zugeschrieben werden. Mit Unrecht hat nun allerdings der Kläger in jetziger Instanz bestritten, daß der Steuermann des Schleppkahns an dem fraglichen Tage wider Willen des Capitäns zum Steuern (von der Direction) angestellt worden sei, indem er diesen Umstand in der Replik erster Instanz selbst behauptet hatte. Auch kann die Frage dahingestellt

*) Siehe diese Sammlung Band III. Seite 26.
**) " " " Band I. Seite 3.
***) " " " Band III. Seite 20.

bleiben, ob der Capitän etwa trotzdem für Versehen des Steuermanns zu haften haben würde. Denn jedenfalls ist die Voraussetzung, als ob das Leckwerden des Schleppkahns, wenn nicht durch vis major entstanden, nur durch Schuld jenes Kahnführers herbeigeführt worden sein könne, eine unrichtige. Unbezweifelt stand der Kahnführer immer unter dem Commando des Capitains, und der Unfall kann daher sehr wohl in einer fehlerhaften Oberleitung des letzteren seine Ursachen gehabt haben, so daß selbst hinsichtlich der für die Zeugen bestimmten speciellen Fragpunkte, welche sich auf die unmittelbare Veranlassung des Leckwerdens durch Auffahren auf Steine in der Tiefe des Fahrwassers beziehen, der Capitän wesentlich dabei interessirt bleibt, diese Veranlassung wo möglich als eine nicht vorauszusehende darzustellen. Es kommt aber hinzu, daß die Zeugen auch über den ersten Beweissatz im Allgemeinen vernommen werden sollen, dieser aber die Verneinung aller der Umstände mit umfaßt, welche, ganz abgesehen von der Leitung des Schleppkahns im richtigen Fahrwasser, eine Verschuldung des Capitäns begründen könnten, wie die schlechte Beschaffenheit des Kahns selbst, die zu starke Belastung desselben im Verhältniß zum niedrigen Wasserstand.

III. Der oben erwähnte zweite Theil der ersten Beschwerde ist gegen die der Beklagten in der Sententia a qua auferlegte cautio judicatum solvi gerichtet, und verlangt in dieser Beziehung Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 28. Mai 1856.

Auch diese Beschwerde stellte sich als unbegründet dar.

Der Cautions-Antrag des Klägers vom 19. April 1856 stützte sich auf die in einem überreichten Zeitungs-Artikel enthaltenen Angaben: der Betrieb der beklagten Gesellschaft liefere, namentlich seit 1855 sehr ungünstige Resultate; in einer Generalversammlung vom 8. April sei deßhalb beschlossen worden, daß künftig bloß Güter befördert, und wenn nicht die bairische Regierung auf käufliche Uebernahme oder angemessene Unterstützung des Unternehmens eingehe, in einer längstens Ende August zu berufenden Generalversammlung über die Auflösung der Gesellschaft beschlossen werden solle.

Mit Unrecht hat nun

1) die Beklagte gegen diesen Antrag hauptsächlich geltend gemacht, er müsse wegen ungenügender Bescheinigung als formell

unstatthaft verworfen werden. Der Antrag des Klägers war kein selbstständiges Arrestgesuch, welches an die Erfordernisse des Art. 53 der provisorischen Prozeß=Ordnung gebunden wäre, sondern ein Incident=Antrag auf Sicherstellung der künftigen Judicat=Erfüllung im Laufe eines bereits anhängigen Prozesses, und war daher nach Art. 76 der Prozeß=Ordnung zu beurtheilen. Ein solcher Incident=Antrag setzt aber, wenn nicht damit, wie einem Arrestgesuch, eine Executionsmaaßregel ohne vorgängiges Gehör des Gegners beabsichtigt wird, zu seiner Statthaftigkeit auch nicht eine sofortige vollständige Bescheinigung voraus, ist vielmehr nur unbestimmt, summarisch zu verhandeln, und die etwa fehlende bessere Bescheinigung kann sowohl im Laufe der Verhandlung ergänzt, als auch noch vom Richter auferlegt werden. Der vorliegende Antrag ist nun auch wirklich nur so behandelt, und es ist darüber sogar bis zur Duplik verfahren worden, so daß es dem Kläger um so weniger im Wege stehen kann, wenn er sich bei Stellung des Antrags mit auf den Art. 53 der Prozeß=Ordnung berief. Die Beklagte hatte daher die Pflicht, sich speciell über die erwähnten Thatsachen zu erklären, und kann sich nicht darüber beschweren, wenn die von ihr ausdrücklich oder stillschweigend abgelegten Geständnisse bei der Entscheidung zu Grunde gelegt werden.

Es kommt somit

2) nur darauf an, ob die angeführten Thatsachen constatirt und ob sie zur Begründung des Antrags geeignet sind. In der ersteren Beziehung hat die Sententia a qua mit Recht geltend gemacht, daß die Beklagten dem thatsächlichen Inhalt des vom Kläger beigebrachten Zeitungs=Artikels gar nicht widersprochen hat, so daß derselbe als stillschweigend zugestanden erachtet werden mußte. Es kommt aber hinzu, daß die Beklagte in jetziger Instanz nicht nur eine Bekanntmachung des Verwaltungsrathes der Gesellschaft producirt hat, in welcher sich der Inhalt des Beschlusses der General=Versammlung vom 8. April im Wesentlichen übereinstimmend mit der Behauptung des Klägers angegeben findet, sondern auch im Appellationslibell selbst einräumt, daß damals wegen der ungünstigen Resultate der vorausgegangenen Betriebsjahre eine eventuelle Auflösung der Gesellschaft in Berathung habe gezogen werden sollen.

Ebensowenig kann es aber einem Zweifel unterliegen, daß der Kläger bei dieser Sachlage berechtigt war, eine Cautionsleistung zu beantragen. Die Auflegung einer cautio judicatum solvi ist allerdings eine außerordentliche Maaßregel, indessen ist es zu beschränkt, wenn manche Schriftsteller nur den Fall einer vom Beklagten begonnenen Verschwendung seines Vermögens als dazu geeignet erwähnen. Vielmehr muß nach der Praxis angenommen werden, daß alle im Laufe eines Prozesses vorkommenden Umstände, welche für den Kläger eine erhebliche Gefahr ergeben, die Realisirung des künftigen Urtheils vereitelt zu sehen, die Cautionspflicht begründen.

Mevius decis. I. dec. 177.
Glück, Comment., Band 3. Seite 442 flg.
Martin, Vorles. II. Seite 437 flg.
Schmid, Handb. I. Seite 213.

Daß nun die Auflösung einer Actiengesellschaft für die Gläubiger derselben sehr leicht erhebliche Nachtheile herbeiführen, daß ihnen dadurch die Execution erschwert und unter Umständen ganz oder theilweise unmöglich gemacht werden kann, bedarf keiner Ausführung und wird von der Beklagten im Allgemeinen auch nicht bestritten. Erwägt man aber, daß nach einmal gefaßtem Auflösungsbeschluß das kürzere oder längere Fortbestehen eines angreifbaren Gesellschaftsfonds von Umständen abhängt, auf welche den Gläubigern keine Einwirkung zusteht, so muß das Dasein einer erheblichen Gefahr auch schon dann anerkannt werden, wenn die Auflösung der Gesellschaft nur in wahrscheinliche Aussicht gestellt ist, zumal wenn diese Aussicht darauf beruht, daß das von der Gesellschaft betriebene Geschäft ungünstige pecuniäre Resultate geliefert hat. So war aber die Lage der Sache im vorliegenden Fall, indem wegen ungünstiger Betriebs-Ergebnisse ein Auflösungs-Beschluß zur Berathung gestellt werden sollte, wenn nicht eine bei der baierischen Regierung beanspruchte Abhülfe eintreten würde. Auch kann der Beklagten der in jetziger Instanz geltend gemachte Umstand, daß die zum Behuf eines etwaigen Auflösungsbeschlusses beabsichtigte Generalversammlung durch die obenerwähnte Bekanntmachung des Verwaltungsrathes wieder abgekündigt worden ist, schon deßhalb nicht zu statten kommen, weil nach Inhalt dieser Bekanntmachung die Entschließung der baieri-

schen Regierung nur für eine spätere Zeit vorbehalten werde, die getroffene Einleitung zu einem Auflösungsbeschluß daher nicht erledigt, sondern nur in ihrer Ausführung verschoben worden ist.

IV. Die dritte Beschwerde der Beklagten ist gegen die Verurtheilung derselben in die Hälfte der Kosten voriger Instanz gerichtet, und verlangt, daß entweder der Kläger in diese Hälfte verurtheilt werde, oder doch sämmtliche Kosten voriger Instanz compensirt würden. In ihrer principalen Richtung war die Beschwerde verwerflich, da der Kläger in voriger Instanz mit zwei von seinen drei Beschwerden durchgedrungen ist, was ihm ungeachtet der nunmehrigen theilweisen Wiederherstellung des Erkenntnisses erster Instanz zu statten kommen muß. Dagegen rechtfertigte sich allerdings eine durchgängige Compensation der fraglichen Kosten, da beide Theile mit ihren Beschwerden voriger Instanz theilweise Recht behalten haben, theilweise abgewiesen worden sind.

Die Kosten jetziger Instanz waren, da nur einer der aufgestellten Beschwerden entsprochen werden konnte, zur Hälfte der Beklagten zur Last zu legen.

Auszug aus den Seite 400 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

Rolffs ca. Strunck. 1852.

Der Beklagte hat reconveniendo Vorlegung der Geschäftsbücher der Kläger über die während des Zeitraums von 1842 bis Februar 1849 in dem Rayon des Beklagten abgeschlossenen Verkäufe verlangt, um daraus eine specielle Kenntniß aller der Verkäufe, von denen ihm eine Provision gebühre, zu entnehmen, und damit seine (pos. 3 der Geschichtserzählung erwähnte) Gegenforderung näher zu begründen. Diese Widerklage ist in beiden vorigen Instanzen verworfen worden, und die dagegen gerichtete Beschwerde des Beklagten stellt sich als unbegründet dar. Zwar ist der Grund, aus welchem die beiden vorigen Erkenntnisse die Widerklage verworfen haben, nämlich die Verwerfung der eben bezeichneten Gegenforderung, dadurch beseitigt, daß diese Gegenforderung nunmehr zur

Digitized by Google

besonderen Ausführung verwiesen worden ist, indem der Beklagte die Widerklage nicht — auf die prozessualische Editionspflicht der Kläger als solcher, sondern selbstständig auf sein rechtliches Interesse an der Einsicht der klägerischen Handlungsbücher und darauf, daß dieselben gemeinschaftliche Urkunden seien, gestützt hat.

Allein es konnte ein Recht auf Edition im vorliegenden Falle nicht für begründet erachtet werden. Dieß würde wegen des Grundsatzes, daß der Beklagte, nachdem er seit einer Reihe von Jahren die Provisionsrechnungen der Kläger ohne Erinnerung angenommen hat, nicht noch eine weitere Justification der Kläger verlangen, sondern nur eine Nachforderung auf speciell bewiesene Unrichtigkeiten der Rechnung stützen könne,

F. S. Wörndel ca. Halbach 1841.

angenommen werden müssen, da eine ganz allgemeine Klage auf Edition der Handlungsbücher mit der Behauptung, daß die abgelegten Rechnungen unrichtig seien, dem Verlangen einer vom Gegner zu beschaffenden Rechnungs-Justification ganz gleichstehen und die Zulassung einer solchen den obigen Grundsatz umstoßen würde. Wollte man aber auch an der Anwendbarkeit dieses Grundsatzes noch zweifeln, so kann doch auch nicht angenommen werden, daß die Handlungsbücher der Kläger gemeinschaftliche Urkunden der Partheien seien, und ebenso wenig, daß ein, die Editionspflicht sonst begründendes rechtliches Interesse vorliege. Denn soviel

a) das letztere betrifft, so ist der Umstand, daß die Vorlegung einer Urkunde für Jemanden ein rechtliches Interesse hat, ihm z. B. zur Führung eines Beweises nützlich sein würde, für sich allein nicht hinreichend, um einen Editionsantrag zu begründen.

L. 3. § 11. L. 19. D. ad exhib. (10, 4).

Fr. S. Rothschild ca. Hausmann 1841.

b) Es unterliegt zwar keinem Zweifel, daß eine Urkunde nicht bloß im Fall wirklichen Miteigenthums, sondern auch dann als eine gemeinschaftliche anzusehen ist und der Editionspflicht unterliegt, wenn der Antragsteller eine Person ist, zu deren Gebrauch sie verfertigt wurde, oder deren Rechtsverhältnisse dadurch regulirt werden sollen.

Fr. S. Rieger ca. Stüntzi 1836.

Rothschild ca. Hausmann 1841.

Wenn nun die Kläger sich vertragsmäßig verpflichtet hatten, dem Beklagten von Verkäufen, die nicht durch ihn abgeschlossen wurden, also auch nicht nothwendig zu seiner Kenntniß kamen, eine Provision zu gewähren, so berührten die von den Klägern über solche Geschäfte in ihren Büchern gemachten Aufzeichnungen allerdings auch das Rechtsverhältniß des Beklagten zu ihnen mit. Es kann jedoch ohne eine specielle deßhalb getroffene Verabredung nicht vorausgesetzt werden, daß die Kläger ihre Bücher zugleich in seinem Interesse und zum Zwecke der Feststellung seiner Provisionsansprüche geführt hätten, indem im Zweifel angenommen werden muß, daß die Geschäftsbücher der Kläger nur dazu bestimmt waren, für sie selbst und für das Rechtsverhältniß zu ihren Kunden als urkundlicher Nachweis zu dienen. Es fehlt daher an der nothwendigen Voraussetzung, daß die Beziehung des Inhalts der Urkunde auf die Rechtsverhältnisse des Antragstellers eine bei ihrer Anfertigung *beabsichtigte* sein muß.

145.

Kiwa Ketskeneck in Wien, Kläger wider die Curatoren des **Johann Ludwig Lemmé**, Beklagte, eine Wechselforderung von fl. 16,000, jetzt Aechtheitsbeweis durch Schriftvergleichung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 14. November 1855.

In Erwägung, daß

1) in Fällen der vorliegenden Art die Mehrheit der Stimmen der Sachverständigen als maaßgebend für die richterliche Ueberzeugung nicht erachtet werden kann, daher

2) bei der Collision der Gutachten und bei der hieraus entstehenden Zweifelhaftigkeit der Sache eine abermalige Prüfung als erforderlich erscheint:

I. hat jeder der beiden Theile binnen 14 Tagen einen anderen, in gegenwärtigem Rechtsstreit noch nicht thätig gewesenen Sachverständigen in Vorschlag zu bringen, bei Vermeidung, daß ansonsten hinsichtlich des Klägers angenommen werde, daß er auf das Beweismittel der Schriftvergleichung verzichte, und resp. daß für den beklagten Theil ein Sachverständiger von Gerichtswegen ernannt werde.

II. Soll hiernach wegen Ernennung eines Obmannes und Erhebung einer anderweiten Expertise weitere Verfügung ergehen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 18. Januar 1856.

Auf Appellation der Beklagten.

Soviel die gebetene Restitution betrifft, so bedarf es darüber um so weniger einer Entscheidung, als bei der öffentlichen Verhandlung solche nicht beanstandet worden ist.

Was sodann die Sache selbst betrifft, so ist es bekanntlich unter den Prozessualisten allerdings bestritten, welche Verfügungen der Richter zu treffen habe, wenn die Schreibverständigen verschiedener Meinung sind.

Indessen verdient die Meinung den Vorzug, welche von

Gönner im Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, Band II. Seite 452 flg.

Bayer in den Vorträgen 2c. Seite 487.

Puchta in Zeitschrift für Civilrecht und Prozesse, Bd. 3. Seite 67.

vertheidigt wird, daß in einem solchen Falle die Meinung der Majorität maaßgebend sei. Da hiernach der dem Producenten obliegende Beweis der Aechtheit der Unterschrift auf dem fraglichen Wechsel verfehlt ist, so ist nun auf den Diffessionseid zu erkennen, als worüber das Stadtgericht im Interlocut vom 20. October 1852 das Erkenntniß in Betracht des klägerischen Anerbietens den Beweis der Aechtheit der Unterschrift zu führen — vorerst noch ausgesetzt hat.

Aus diesen Gründen wird das stadtgerichtliche Decret vom 14. November 1855 dahin abgeändert, daß von einer nochmaligen Prüfung durch neue Schreibverständige zu abstrahiren, vielmehr nun von dem Stadtgericht auf den Diffessionseid zu erkennen sei.

Und werden die Acten zu dem Ende unter Vergleichung der Kosten der gegenwärtigen Instanz remittirt.

Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation des Klägers durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 30. December 1857 unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten dieser Instanz lediglich bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

In der Hauptsache verlangt der Kläger, mittelst seiner ersten Beschwerde die Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses, wonach wegen der widersprechenden Gutachten der im Juni 1855 ernannten drei Schreibverständigen die Aechtheit der fraglichen Unterschrift einer anderweitigen Prüfung durch neue Sachverständige

unterworfen werden sollte, während das Appellationsgericht den durch Schriftvergleichung versuchten Beweis des Klägers für verfehlt und das Zurückgehen auf den Diffessionseid nothwendig erklärt hat.

Bei Beurtheilung dieser Beschwerde entsteht zunächst

I. die Vorfrage, ob die in jetziger Instanz von beiden Theilen beigebrachten Nova über das Verfahren der erwähnten drei Sachverständigen, sowie über ihre Persönlichkeit, einen Grund darbieten, um eins der abgegebenen beiden Gutachten formell zu beanstanden oder für minder glaubwürdig, als das andere, zu erachten. Diese Frage war jedoch zu verneinen, ohne daß die prozessualische Statthaftigkeit der Nova näher geprüft zu werden brauchte.

1) Was das Verfahren der drei Schreibverständigen betrifft, so geht aus den zu den Acten jetziger Instanz gekommenen Aufsätzen derselben hervor, daß nur eine gemeinschaftliche Conferenz unter ihnen stattfand, in welcher man noch nicht zu einem Resultat kam, und daß nachher zwar noch einige Besprechungen von je zweien derselben gehalten wurden, eine gleichzeitige Berathung aller drei aber nicht mehr zu Stande kam. So zweckmäßig indessen gemeinschaftliche Berathungen von Sachverständigen sind, um sich gegenseitig aufzuklären und eine möglichste Einigung der Ansichten herbeizuführen, so läßt sich doch keineswegs behaupten, daß sie für die Gültigkeit der abzugebenden Gutachten wesentlich seien, vielmehr ist auch eine völlig gesonderte Prüfung und Begutachtung jedes Einzelnen rechtlich zulässig, und somit der angeführte Umstand unerheblich.

2) Hinsichtlich der Tüchtigkeit und Glaubwürdigkeit der drei Sachverständigen sind auf Grund der gedachten Aufsätze folgende Erinnerungen vorgebracht worden. — —

Müssen hiernach das Gutachten von L. und B. einerseits, und dasjenige von D. andererseits als formell gültig und hinsichtlich der persönlichen Glaubwürdigkeit der Aussteller als einander gleichstehend behandelt werden, so kommt

II. Alles auf die Hauptfrage an, welchen Erfolg der Widerspruch zwischen beiden Gutachten für die richterliche Entscheidung habe. Es bedarf dabei kaum der Vorbemerkung, daß der Versuch der Beklagten das unter dem 19. September 1855 von den damals ernannten Schreibverständigen Lauten, Brand und Gräf erstat-

tete Gutachten mit für sich zu benutzen, völlig unzulässig erscheint, da dieses Gutachten rechtskräftig als ungültig verworfen worden ist.

1) Ueber die Collision von Gutachten mehrerer Sachverständigen, wenn es sich nicht um eine Schätzung handelt, werden in der heutigen Doctrin im wesentlichen drei verschiedene Ansichten aufgestellt.

Die eine, vorzugsweise von

Gönner, Handbuch, Theil II. Nr. 45, § 14—17.

vertheidigte und nach ihm von

Schneider, vom rechtlichen Beweise, § 183, 188 und Anmerkung 41.

Biener, Syst. proc. § 154.

Thibaut, Pand. ed. 4, Theil III., § 1187.

Querbeck, Meditat. Band II., Seite 73—76.

Bayer, Vorträge, ed. 7, Seite 482 (ed. 8, Seite 826) angenommene Ansicht geht dahin, daß der Richter, ohne Abwägung der verschiedenen Motive der Sachverständigen an den Ausspruch der Mehrheit gebunden sei, und nur im Fall der Stimmengleichheit ein neues Gutachten einzuholen habe.

Andere Schriftsteller gehen davon aus, daß das mit den triftigsten Gründen unterstützte Gutachten den Ausschlag geben müsse, wollen den Vorzug der Motivirung jedesmal durch ein anderweites ex officio einzuholendes Gutachten ermittelt wissen, und sehen, wo dieß nicht thunlich, das Resultat als ein zweifelhaft gebliebenes, nach einigen durch richterlichen Eid zu entscheidendes an.

Martin, Lehrbuch, § 218 und Vorlesungen, Theil II., Seite 265—267.

Gensler, im Archiv für Civil-Praxis, Band I., Seite 52 Note XX., und Commentar (ed. Guyet) zu § 123 c und § 207.

Grolmann, Theorie, ed. 3 und 4, § 84, abweichend von ed. 2.

Schmidt, Handbuch, Theil II., Seite 326 flg.

Walther, im Archiv für Civil-Praxis, Band 26, Seite 287—289.

Heimbach in Weiske's Rechtslexikon, Bd. 9, Seite 554 f. 561.

Noch Andere folgen einem Mittelweg, indem sie die Analogie des Zeugenbeweises anwenden, und danach auf die Mehrheit der

Sachverständigen zwar Gewicht legen, insofern sie dem Richter eine größere Bürgschaft für die Richtigkeit ihres Ausspruches darbiete, ihn aber keineswegs für unbedingt dadurch gebunden erachten, sondern, wenn sich gegen das Majoritäts-Gutachten ein erheblicher Zweifel ergebe, andere Sachverständige zugezogen wissen wollen,

Mittermaier, im Archiv für Civil-Praxis, Band 2, Seite 137—140.

W. H. Puchta, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Band 3, Seite 66—68.

Seeger, das Verfahren mit Sachverständigen, Stuttgart 1841, § 73.

Lindé, Lehrbuch, ed. 7, § 296, Note 5.

eine Meinung, welche auch in neueren Particulargesetzen

Badische Prozeß-Ordnung von 1831, § 450, 549.

Hannover'sche Prozeß-Ordnung von 1850, § 278.

Billigung gefunden hat.

Unter diesen verschiedenen Ansichten verdient die dritte den Vorzug. Für die erste beruft man sich ohne Grund auf

l. 1. pr. D. de inspic. ventre (25, 4.),

welche Stelle darum nicht entscheiden kann, weil sie einen Fall betrifft, wo es auf ein nach bloßer Wahrscheinlichkeit zu regulirendes Provisorium ankam, und weil sie jedenfalls auch mit der dritten Ansicht gleich gut vereinbar ist. Gegen die erste Ansicht spricht aber, daß die zum Zweck einer Beweisführung ernannten mehreren Sachverständigen weder ein Collegium bilden, noch die Eigenschaft von Schiedsrichtern haben. Selbst zu einer analogen Beurtheilung nach der Stellung von Schiedsrichtern fehlt ein genügender Rechtsgrund. Eine unbedingt bindende Kraft läßt sich daher dem Gutachten Sachverständiger überhaupt nicht beilegen; vielmehr muß man, wie dieß schon von bewährten älteren Praktikern,

Mevius decis. T. II. dec. 261. T. VIII. dec. 26.

J. H. Böhmer, exercitt. ad Pand. Nr. 87. § 29, 30. T. V., pag. 546—548.

Pufendorf, observ. T. II., Nr. 105.

und neuerlich von

Heffter, System, § 246.

bemerkt worden ist, davon ausgehen, daß die Aussprüche der einzelnen Sachverständigen nur die Bestimmung haben, den Richter zu informiren und zu überzeugen, ihm nach Maaßgabe ihres äußeren und inneren Werthes als Beweisquelle zu dienen. Nun ist bei der Eigenthümlichkeit dieser Beweisquelle dem Richter allerdings für den Collisionsfall ein erweiterter Spielraum im Aufsuchen besserer und vollständigerer Aufklärung einzuräumen. Indessen geht es wieder zu weit, wenn man — nach der zweiten Ansicht — dem Richter verpflichtet, jedesmal selbst ohne Rücksicht auf die Stärke der vorhandenen Majorität, ein neues Gutachten zu veranlassen. Es muß vielmehr auch hier festgehalten werden, daß mit der einmaligen Ernennung von Sachverständigen das Beweismaterial in der Regel seinen Abschluß erhalten soll, und nur, wo das Resultat aus irgend einem Grunde — wie wegen Stimmengleichheit, wegen ungenügender Motivirung des Ausspruches der Majorität, wegen erheblicher, durch das Gewicht der Minoritäts-Gründe dagegen entstehender Zweifel — die erwartete Aufklärung nicht geliefert hat, rechtfertigt sich die in jenem Auskunftsmittel liegende Abweichung von der Analogie des Zeugenbeweises. Die unbedingte Einholung eines neuen Gutachtens würde überdieß, da man nicht immer in der Lage ist, einen Sachverständigen oder ein Collegium von höherer Autorität zu befragen, die Gefahr mit sich bringen, abermals abweichende Gutachten zu erhalten, und darum leicht zu unverhältnißmäßiger Prozeßverzögerung führen.

Wendet man sich hienach

2) zu der besonderen Lage des vorliegenden Falles, so läßt sich nicht behaupten, daß das Gutachten von L. und B. in der Art und Weise seiner Motivirung zu einem besonderen Bedenken Anlaß gäbe. Zwar haben sich die beiden Sachverständigen nicht auf die in Frage gestellte Accept-Unterschrift beschränkt, sondern sind zugleich auf eine Prüfung der Beschaffenheit des Wechsel-Contextes eingegangen, und haben einige ihrer Meinung nach sich darin findende Spuren von Fälschung als bemerkenswerth hervorgehoben. Darin lag nicht nur eine Ueberschreitung ihrer Aufgabe, sondern es leuchtet auch ein, daß etwaige Fälschungen des Wechsel-Contextes in gar keinem nothwendigen Zusammenhang mit der Aechtheit oder Unächtheit der Accept-

Unterschrift stehen und hierfür keine Schlußfolgerung zulassen. Die Zuverlässigkeit des Gutachtens würde daher erheblich beeinträchtigt werden, wenn als gewiß oder auch nur wahrscheinlich angenommen werden müßte, daß jene Beschaffenheit des Wechsel-Contextes ein Bestimmungsgrund für die Sachverständigen gewesen wäre, ohne welchen sie nicht zu dem Ausspruch über die Unächtheit der Accept-Unterschrift gelangt sein würden. Eine solche Annahme wird jedoch dadurch beseitigt, daß die beiden Sachverständigen schon unter Nr. V. und VI. ihres Gutachtens, nachdem sie bis dahin bloß die Schriftzüge der Accept-Unterschrift beurtheilt hatten, auf Grund dieser Untersuchung bestimmt und ausdrücklich erklärt haben, ihrer Ueberzeugung nach könne dieselbe nicht von derselben Person, wie die ächten Unterschriften herrühren. Es ist daher klar, daß sie schon, ganz abgesehen von der vermutheten Fälschung des Wechsel-Contextes, ihr Urtheil begründet fanden, und wenn sie am Schlusse des Gutachtens diese Fälschung als mitbestimmend für ihren Ausspruch erwähnen, so kann dieß nur dahin aufgefaßt werden, daß ihnen dieselbe für ihre schon ohnehin gewonnene Ueberzeugung zu um so größerer Bestärkung gedient habe.

Im übrigen verbreitet sich das Gutachten zwar nicht in gleichem Grade wie das D.'sche über alle Einzelnheiten der fraglichen Schriftzüge. Dieß begründet aber keinen Tadel gegen dasselbe, da nicht gefordert werden kann, daß ein Gutachten den ganzen Gang der angestellten Prüfung wiedergebe, es vielmehr genügen muß, wenn nur die Punkte hervorgehoben werden, welche den Ausstellern für ihren schließlichen Ausspruch die entscheidenden gewesen sind. Das ist aber hier geschehen, indem die beiden Sachverständigen diejenigen Verschiedenheiten der fraglichen Unterschrift von den verglichenen ächten Handschriften, welche ihnen als wesentlich erschienen sind, einzeln bemerklich gemacht, und sich daneben auch über den Gesammt-Eindruck der Schriftzüge im Vergleich zu den ächten ausgesprochen haben. Das Gutachten muß daher als ausreichend motivirt anerkannt werden.

Unter diesen Umständen kann die weitere Frage, ob die von D. für die Aechtheit der Accept-Unterschrift geltend gemachten Gründe die Ueberzeugungskraft des L.-B.'schen Gutachtens nicht zu schwächen

geeignet seien, auf sich beruhen. Denn wollte man deßhalb auch ein neues Gutachten von drei anderen Sachverständigen einholen, so würde dieß doch für den Kläger kein anderes Ergebniß, als das Zurückgehen auf den Diffessionseid der Beklagten herbeizuführen vermögen, weil ein Beweis durch Schriftvergleichung bei seiner anerkannten Trüglichkeit überhaupt nicht wohl volle juristische Gewißheit, sondern nur größere oder geringere Wahrscheinlichkeit begründen kann, hier also, selbst den günstigsten Ausfall des neuen Gutachtens vorausgesetzt, der Ausspruch der beiden Sachverständigen L. und B. immer ein solches Gegengewicht behalten würde, daß ein zur Zuerkennung des Erfüllungseides hinreichender Grad von Wahrscheinlichkeit doch nicht angenommen werden könnte. Der Reinigungseid aber, auf welchen der Kläger eventuell hinweist, fällt hier mit dem Diffessionseid vollständig zusammen.

Das angefochtene Erkenntniß mußte sonach in der Hauptsache bestätigt werden, woraus weiter folgte, daß die gegen die Compensation der Kosten voriger Instanz gerichtete zweite Beschwerde jedenfalls verwerflich und Kläger in die Kosten jetziger Instanz zu verurtheilen war.

Sachregister.

A.

Abrechnung, wissentliches Uebergehen eines Postens in der Schlußabrechnung wirkt als Verzicht. 377.

Actio pro socio, s. Gesellschaftsvertrag.

Adhaesion, unstatthaft gegen einen in der sent. a qua separat behandelten Punkt. 54.

Aktenabschriften, in höherer Instanz, cf. Appellation.

Alimente, die auf Ersatz für das uneheliche Kind bereits verwendeter Alimente klagende Mutter hat Existenz und Maß der Aufwendung zu beweisen. 387; richterliches Ermessen hinsichtlich der Höhe dieses Alimentenbetrags. 387.

Welche Landesgesetze entscheiden hinsichtlich der Alimentationspflicht des Schwängerers. 388.

Amt, richterliches, bezüglich der Aufrechthaltung einer im Petitum zu weit gehenden Klage 236; hinsichtlich der Verwerfung formell unstatthafter Beschwerden. 391; bezüglich der Berichtigung eines Rechnungsirrthums. 381; Einreden, auch wenn ihr Thatbestand aus den Akten zu entnehmen wäre, dürfen vom Richter nicht ex officio supplirt werden 215.

Siehe auch: Appellation.

Anerkennung, einer Schuld unter Festsetzung des Schuldbetrags und der Zahlungsmodalitäten wirkt nicht als (privative) Novation. 151.

Anerkennung einer Schuld mit dem Versprechen der Zahlung ist selbstständiger Verpflichtungsgrund. 317. 320.

Anerkennung einer Zinswucher enthaltenden Forderung ist nicht verpflichtend. 241.

Appellation, Befugniß des Oberrichters, über verhandelte, von dem Unterrichter nicht beurtheilte Streitpunkte zu erkennen (unter Ausschließung einer reform. in pejus). 63.

Formelle Verwerflichkeit der Beschwerde ist von dem Richter, auch wenn der Appellat nicht widersprochen hat, ex officio zu beachten. 391.

Die Beibringung von Aktenabschriften bei Appellation ohne Suspensiveffekt ist nicht Formale des Rechtsmittels. 18. 24.

Appellation gegen die Gestattung specieller Fragepunkte ist, im Falle der Zulassung der Zeugen vorbehaltlich aller Einreden, unstatthaft (§ 54 d. Ges. v. 7. Nov. 1848); nicht anwendbar hinsichtlich der Zulassung von Sachverständigen. 20.

Die Beschwerden in Betreff der Vorklage sind auch auf die auf demselben Fundamente beruhende Widerklage zu beziehen. 339.

Impugnationseinrede gegen einen Zeugen nach geschlossenem Zeugenverhör ist als novum in der Appellations-Instanz mit der Bezeichnung der Beweismittel zu verbinden. 73.

Neue Beweiseinreden und Beweismittel auf Grund des benef. novorum in höherer Instanz zulässig. 346. 353. 355.

Unzulässigkeit neuer Beschwerden in III. Instanz. 341.

Appellation im Insatzprozesse, s. Insatzklage.

Strafe wegen Mißbrauchs der Appellation gegen Partei und Anwalt. 65.

Klagerläuterung in höherer Instanz. 300.

Appellations-Einwendung gegen Interlocute, wann mit specieller Anführung der Beschwerden zu verbinden. 17.

Approbation, beim Lieferungsvertrag, s. Kauf.

Arrestprozeß, Gegenbescheinigungen über Punkte, deren Beurtheilung für die Hauptsache präjudiciell ist, kommen vor vollständiger Erörterung der Hauptsache gegen die Arrestanlegung nicht in Betracht. 58.

Eine nach den Grundsätzen über Arrestverfahren hinlänglich bescheinigte Einrede hat die Aufhebung des Arrestes zur Folge. 58.

Ausländisches Recht, s. Statuten-Collision.

B.

Bankier, Beweiskraft ihrer Geschäftsbücher, s. Handelsbücher.

Bau-Prozeß, s. auch Expropriation, Servitut.

Die Bestimmung des Baustatuts K. I. § 3 und K. III. § 1, daß vor Beginn des Baues dem Nachbar vom Bauplane Kenntniß gegeben werde, bezieht sich nur auf Häuser und Gebäude, nicht auf sonstige Anlagen. 123.

Bauverbot, über die zur Begründung des Antrags auf ein solches erforderliche Gewißheit der Rechtsverletzung. 125.

Bedingung, die Beweislast hinsichtlich der Beifügung einer Resolutivbedingung trifft den die Auflösung des Geschäfts Behauptenden. 340.

Beweis, siehe auch: Appellation, Impugnationsbeweis, Productionserkenntniß.

Beweis der Insolvenz, cf. s. h. v.

Beweis durch Sachverständige, s. Sachverständige.

Beweis durch Zeugen, s. Zeugen.

Beweisantretung, durch Handelsbücher muß nicht unbedingt mit Auszügen verbunden werden, vielmehr genügt auch jede andere deutliche Bezeichnung des erheblichen Inhalts. 313.

Beweiseinreden, als nova in höherer Instanz 346, 353, 355, müssen mit Beweisantretung verbunden werden. 347. 73. cf. Impugnationsbeweis.

Beweisinterlocut, cumulative Beweisauflage unter Vorbehalt der Entscheidung über die Relevanz im Falle der Erbringung eines Beweissatzes. 167.

Irrelevante Zeitangaben hinsichtlich des entscheidenden Thatumstandes gehören nicht in den Beweissatz. 374.

Beweislast, wird nicht alterirt durch die Anführung der betreffenden Thatsache von Seiten der nicht beweispflichtigen Partei. 340.

Hinsichtlich zugesagter Eigenschaften. 285. 299; sowie wegen der nur gesetzlich prästirenden Eigenschaften. 285. 299. 308.

Bei Berufung auf fremdes Recht, s. Statuten-Collision.

Bezüglich der Beifügung eines dies, s. **Kauf auf Lieferung.**
Bei Resolutivbedingungen, s. **Bedingung.**
Siehe auch: **Darlehen, mora, Nachlaß.**
Beweismittel, als nova in höherer Instanz. 353.

C.

Cautio, de event. restit. kann nur im Falle der Unsicherheit der künftigen Realisirung des widerklagend geltend gemachten Gegenanspruchs auferlegt werden. 270. 208.
Sonstige Fälle der Anwendbarkeit dieser Caution, insbesondere im Executivprozeß und bei versagtem Suspensiveffekt der Appellation. 270.
Cautio judicatum solvi, wegen drohender Gefahr für die Realisirung des künftigen Urtheils in sp. wegen begründeter Besorgniß der Auflösung der verklagten Aktiengesellschaft. 403.
Cession, gültig, auch wenn lediglich zur Begründung des forum arresti geschehen. 58. 59. Causa cessionis zu deren Geltendmachung nicht erforderlich. 77. Der Cessionsakt liegt schon im Abschlusse eines die Uebertragung der Forderung bezweckenden Rechtsgeschäftes, z. B. eines Verkaufs 76 — Zahlung der Valuta kommt bei der Klage aus der Cession, ohne gleichzeitige Berufung des Beklagten auf die lex anast. nicht in Betracht. 78.
Der Anspruch des Handlungsreisenden auf Ersatz seines Reiseaufwandes gegenüber dem Prinzipale kann von Dritten (Wirthen ꝛc.) nicht vermöge fingirter, sondern nur kraft ausdrücklicher Cession geltend gemacht werden. 369.
Einrede der Simulation der Cession auch ohne weitere Substantiirung zulässig. 58.
Civilprozeßsache, Streit der Landaccispächter über den Repartitions- und Erhebungsmodus ist wegen Mangels vermögensrechtlichen Interessens nicht Gegenstand des Civilprozesses. 174.
Collision der Statuten, s. **Statutencollision.**
Communio, Einspruchsrecht der Genossen. 174. s. auch **Gesellschaftsvertrag.**
Compensation, Einrede der; Begriff und Wirkungen im Gegensatze zur exc. non rite adimpl. contr. 178.
Die Unterlassung derselben bei Zahlungen enthält an sich noch nicht den Verzicht auf die Gegenforderung. 119.
Der Antrag auf Verweisung illiquider, zugleich compensando et reconveniendo geltend gemachter Ansprüche ad separatum ist nicht an den Zeitpunkt der Replik gebunden. 179.
Zulassung der comp. illiquidi cum liquido dem richterlichen Ermessen überlassen, welches Gegenansprüche ex eodem negotio nur aus besonderen Gründen auszuscheiden hat. 180. 205. s. auch 381. 382.
Competenz, der Gerichte, cf. **Civilprozeßsache.**
Condictio indebiti, cf. **Erbtheilung.**
Entschuldbarkeit des Irrthum über den Theilungsmaßstab bei einer Erbtheilung. 6. 7.
Constitutum, ist selbstständiger Klagegrund. 317; vollständiger Substantiirung der constituirten Schuld bedarf es nicht 317. 320.
Contumacia, Voraussetzungen, unter welchen die Nachholung einer versäumten Prozeßhandlung vor ergangenem Contumaz-Bescheid stattbaft ist. 137.

D.

Darlehen, Gültigkeit des auf die Dauer der Zinsenentrichtung gestellten pactum de non pet. 213. Beweis hinsichtlich des Verzugs in der Zinszahlung. 214.
Declaratio libelli, in höherer Instanz. 300. cf. Klagerläuterung.
Deductionsverfahren, s. Impugnationsbeweis.
Detention, s. Retention.
Differenzklage, s. Kauf.
Dispositionsstellung, s. Kauf.
Domicil, Voraussetzungen zur Annahme des Domicils. 114. cf. Statutencollision.

E.

Edition, von Urkunden; specieller Rechtsgrund, nicht bloßes Interesse gibt einen Editions-Anspruch. 398; der Beklagte ist dem Kläger zur Führung des Gegenbeweises gegen Einreden nicht zur Edition verpflichtet. 399.
Grenzen der durch die Praxis eingeführten Ausdehnung der Editions-Pflicht der Argentarien (insbesondere von der Editions-Pflicht einer Dampfschifffahrts-Gesellschaft hinsichtlich ihrer Verladungsbücher). 400.
Begriff gemeinschaftlicher und deßhalb der Edition unterliegender Urkunden. 400. 407.
Eid, Momente für den Erfüllungs- und Reinigungseid. 108. 222; besseres Wissen bildet ein solches nur bei gleich stark einander gegenüber stehenden Beweisen. 351.
Juramentum decisorium (Ref. I, 39. 8), dessen Natur und Voraussetzungen 224; der Producent hat ein Interesse, daß nicht statt des Reinigungseides der deferirte Eid ausgeschworen wird. 227.
Einreden, cf. exceptio; Verzicht; Amt, richterliches.
Eisenbahn, cf. Main-Weser-Bahn.
Emendatio des Restitutionsgesuchs, zulässige. 139.
Erfüllungseid, s. Eid.
Erbschaft, cf. Statutencollision.
Erbtheilung, vertragsmäßige; Voraussetzungen der Anfechtung wegen laesio enormis oder mittelst cond. indebiti wegen entschuldbaren Irrthums über den Theilungsmaßstab. 4. 5.
Der durch den gerichtlich bestellten Theilungsbeistand gefertigte Theilungsreceß behält den Charakter einer außergerichtlichen Theilung. 4.
Exceptio non rite adimpleti contractus; Begriff und Wirkungen im Gegensatze zur exc. compensationis. 178.
Zur Begründung der Einrede totaler Unbrauchbarkeit einer Maschine wegen falscher Construction derselben ist die Specialisirung der Fehler nicht erforderlich. 297.
Exceptio non rite ad. contr. wegen Unbrauchbarkeit bestellter Maschinen, cf. Kauf.
Expropriation, wegen eines bloß faktisch zum Eisenbahnkörper gezogenen Grundstücks ist zu klagen auf Entschädigung nach Maßgabe des Expropriations-Gesetzes, vorbehaltlich der Rückgabebefugniß des Beklagten. 29.
Schweigen des Eigenthümers während des Baues des zur Expropriation Berechtigten zerstört weder Eigenthum noch Entschädigungsansprüche (Nichtanwendbarkeit d. Art. 74 d. P.-P.-O.). 31.
Experten, s. Sachverständige.

F.

Firma, deren rechtliche Natur. 102; gemeinrechtliche Freiheit in der Wahl einer noch nicht bestehenden Firma. 102. Siehe auch: Handelsmann.
Forum, s. Gerichtsstand.

G.

Gerichtsstand, des Contracts, wird nicht nur durch die persönliche Anwesenheit, sondern auch durch hiesigen Vermögensbesitz des Beklagten begründet. 235.
Gerichtsstand der belegenen Sache, begründet für Pfandklagen auf Grund des Art. 54 d. W.-O. von 1739 und Gesetz v. 10. Januar 1837. 236; auch wenn das Pfand in Werthpapieren au porteur besteht. 237; die Competenz beschränkt auf die Realisirung des Pfandrechts. 243.
Gesellschaftsvertrag, dem Gesellschafter sowie dem Theilhaber einer communio steht kein Einspruchsrecht gegen Handlungen seiner Genossen zu, welche sein Vermögensinteresse nicht berühren. 174.
Geständniß, Grenzen der Nothwendigkeit speciellen Ableugnens. 199. 204.
Stillschweigendes Geständniß bei generellem Ableugnen gegenüber einer Rechnung, sowie bei unterlassener Angabe des anderen Sachverhalts. 77. 134. 301.
Außergerichtliches Geständniß, dessen Beweiskraft durch den animus confitendi bedingt (348), welcher letzterer aus der öfteren Wiederholung der Aeußerung nicht hervorgeht. 350.

H.

Handelsbücher, beweisen nicht nur den Abschluß des Geschäfts und die Größe der Schuld, sondern auch deren Tilgung. 313. Subsidiäre Natur dieses Beweismittels bei Vorhandensein besonderer Vertragsurkunden resp. Quittungen. 314. 316. Im Falle der Fehlerhaftigkeit der letzteren tritt die Beweiskraft der Handelsbücher wieder ein; Grund der Subsidiarität. 316.
Bücher der Bankiers haben die Beweiskraft der Handelsbücher. 314. 316.
Siehe auch: Beweisantretung.
Handelsmann, Befugniß der Wittwe, dessen Geschäft für eigene Rechnung und unter bisheriger Firma fortzuführen; Einfluß der Concurrenz von Kindern. 101. cf. Firma.
Handlungsdiener, als Zeuge, s. Zeuge.
Handlungsreisender, Verpflichtung des Principals durch denselben. 363 flg. Ausdehnung der Haftbarkeit des Principals durch das mit Wissen desselben erfolgte Geriren des Reisenden als Procuristen resp. Repräsentanten. 364. Die Vertretungsbefugniß besteht nicht am Wohnsitze des Principals. 366. Erkundigungspflicht des Geschäftsfreundes bei Zweifelhaftigkeit der Vollmachtsgrenzen. 364. Die Ermächtigung zum Abschlusse von Verkäufen involvirt die zur Einziehung des Kaufpreises, auch mittelst Tratten. 365.
Der Handlungsreisende, welcher nicht Provisionsreisender, hat Anspruch auf Ersatz seines „nicht unangemessenen“ Reiseaufwandes. 369; dritte Personen (Wirthe ꝛc.) können diesen Anspruch nur kraft ausdrücklicher (nicht fingirter) Cession gegen den Principal geltend machen. 370.
Siehe auch: Provisionsreisender.
Handwerker, ausschließliche Befugniß der Wittwe, das Geschäft ihres Mannes fortzuführen. 101.

J.

Impugnationsbeweis, Zulässigkeit bis zum Deductionsverfahren; § 43 d. Ges. v. 7. Nov. 1848 darauf nicht anwendbar. 22. 73. 346.
Impugnationseinrede, s. Appellation.
Indossament, s. Wechsel.
Insatzklage, Unzulässigkeit jeder Appellation von Seiten des Insatzbeklagten; Statthaftigkeit der Appellation des Klägers. 95.
Das Urtheil im Insatzprozeß nicht präjudiciell hinsichtlich der persönlichen Haftung des Beklagten (Rückstandsklage). 95.
Insolvenz, begründet der faktische Zustand der Insolvenz eines Kaufmanns eine Vermuthung auf seine Kenntniß derselben? 222.
Interdictum ne quid in flumine publ. fiat, ausgeschlossen durch die mit Kenntniß der verletzten Interessen erfolgte Genehmigung der Anlage Seitens der höchsten Staatsgewalt. 127.
Irrthum, cf. condictio indebiti.
Juramentum, s. Eid.
Justizsache, s. Civilprozeßsache.

K.

Kauf, in genere oder in specie, Momente für die Beurtheilung; insbesondere Bedeutung der vorgenommenen Besichtigung. 247 flg.
Kauf auf Lieferung; der in dem Lieferungsvertrag über anzufertigende Maschinen, als locatio operis liegende Kauf, wird durch die Approbation perfekt. 286. 296; Dispositionsstellung muß bei diesem Vertragsverhältniß, abweichend vom eigentlichen kaufmännischen Waarenverkehr, nicht sofort bei Empfang geschehen. 276 flg. 290. 296, wird vielmehr nur durch ausdrückliche oder stillschweigende Approbation ausgeschlossen. 296; nach erfolgter Approbation nur wegen später entdeckter, heimlicher Mängel statthaft. 282; Approbation liegt nicht in einem zum Zwecke der Erprobung geschehenen Gebrauche. 279. 296; der Verkäufer kann eine Frist zur Erklärung über die Annahme, beziehungsweise zur Beendigung der Proben setzen. 278. 296; unter welchen Voraussetzungen wird die bestellende Gesellschaft durch die Approbation eines Administrationsmitgliedes verpflichtet. 281. 296.
Dispositions-Stellung bestellter Maschinen wegen solcher innerer Mängel, welche ihre Construction und Brauchbarkeit betreffen, wird durch die Clausel über eine vor Ablieferung vorzunehmende Probe, sowie durch eine auf die Güte der Arbeit beschränkte mehrmonatliche Garantie in dubio nicht alterirt. 273; Dispositionsstellung findet wegen Unrichtigkeit des Constructionsprinzips nicht statt, wenn nach Modell bei einem Handwerker (nicht Fabrikanten) bestellt ist. 300.
Zulässigkeit theilweiser Dispositionsstellung. 276; sowie nach erfolgten Abschlagszahlungen. 279.
Contractmäßige Beschaffenheit der Maschine muß zur Zeit der Ablieferung vorhanden sein. 282. 287. 299.
Beweislast hinsichtlich zugesagter Eigenschaften. 285. 299; sowie wegen der nur gesetzlich zu prästirenden Eigenschaften. 285. 299. 303.
Uebergang der Gefahr auf den Besteller von dem Momente an, wo der Lieferant alles zur Ablieferung ihm Obliegende gethan hat. 282. 287. 299.
Befugniß des Verkäufers, die einem veränderlichen Marktpreise unterworfene Waare im Falle der mora des Käufers, unbeschadet der Klage auf die Preisdifferenz zu verkaufen. 323. Voraussetzungen der mora. 324. 326 flg.

Die Bedingung, „daß Käufer sofort die Waare aus dem **Schiffe nehme,**" gilt als Resolutivbedingung. 340.

Der wegen **mora solv.** auf Schadenersatz klagende Käufer hat die — wenn gleich in der Klage angeführte — Schätzungszeit nicht zu beweisen. 340.

Erlöschungsclausel in Engagementsbriefen, Wirkung derselben. 327.

Retention des Kaufpreises wegen gerantiegemäß zu machender Reparaturen. 288. cf. Retention.

Siehe auch: Lieferung, exc. non rite ad. contr., mora.

Kaufbrief, bei Verweigerung der Vollziehung des Hauptkaufbriefs von Seiten des Käufers ist auf dessen Errichtung unter dem Präjudize der Bestellung eines Curators ad hoc oder der Annahme geschehener Vollziehung, nicht unter dem Präjudize der öffentlichen Versteigerung zu erkennen. 47

Die Clausel, „daß der Kaufpreis durch Uebernahme des mit dem Objekte lastenden Zusatzes geschehen solle," verpflichtet den Käufer für die Befriedigung des Zusatzereditors zu sorgen. 48.

Kaufleute, cf. Handelsmann, Handelsbücher, Provision.

Klagerläuterung, zulässige, in höherer Instanz. 300.

Durch Präcisirung einer unbedeutigen Klagebehauptung. 323.

Kosten, Prozeßkosten; Abänderung des Urtheils II. Instanz lediglich bezüglich der Kosten dieser Instanz ohne Einfluß auf die Kosten III. Instanz. 88.

L.

Laesio enormis, cf. Erbtheilung.

Lebensversicherungs-Police, s. Versicherungscontract, Schuldverschreibungen.

Legitimation, im Prozesse, cf. Passivlegitimation.

Lieferung, verkaufter Gegenstände, theilweise, darf in der Regel nicht zurückgewiesen werden; Ausnahmsfälle. 15. 16.

Lieferung bestellter Maschinen, s. Kauf auf Lieferung.

Locatio conductio, s. Miethvertrag, Kauf.

M.

Main-Weser-Bahn, das Eigenthum und der Besitz des im Frankfurter Gebiet belegenen Bahnkörpers hat der Frankfurter Staat (Gemeinde-Eisenbahn-Commission), den Betrieb und die Unterhaltung der Bahn hat die Eisenbahndirektion zu vertreten. 30.

Mieth- und Pachtvertrag, Auslegung desselben bezüglich des Begriffs von Haupt- und Nebenreparaturen. 186. 191. 198.

Entschädigungspflicht des Vermiethers wegen unterlassener Reparaturen bedingt durch specielle Mahnung. 202.

Mora accipiendi, kann auch durch Verbal-Oblation begründet werden. 253; Berechnung des Beginnes unter Einräumung einer billigen weiteren Frist nach erfolgter Interpellation. 254.

Die thatsächlichen Voraussetzungen der mora und deren Wirkung hat der aus dem daraus Rechte Ableitenden zu beweisen. 256.

Siehe auch: Kauf.

N.

Nachlaß, schenkungsweiser einer Forderung, unterliegt den Vorschriften über Insinuation von Schenkungen. 319. Daß die causa des Nachlasses eine Schenkung gewesen, hat der Behauptende zu beweisen. 319.

Digitized by Google

Novation, cf. Wechsel, Anerkennung.
Nova, cf. Appellation.

O.

Obligationen, au porteur, s. Schuldverschreibungen.
Officium judicis, s. Amt, richterliches.

P.

Pachtvertrag, s. Miethvertrag.
Passivlegitimation, der Dritte, welcher dem Schuldner die Befriedigung dessen Gläubiger versprochen hat, wird dadurch, daß er die vom Letzteren gegen ihn erhobene Klage ohne Bestreitung der Passivlegitimation annimmt, richtiger Beklagte. 85.
Permissionisten, hiesige, deren Domicil.
Pfandklage, cf. Gerichtsstand der belegenen Sache.
Pfandrecht, cf. Schuldverschreibungen.
Police, s. Versicherungscontract. Schuldverschreibungen.
Preisdifferenz-Klage, s. Kauf.
Productions-Erkenntniß, entscheidet im Zweifel nicht definitiv über die Erheblichkeit des angetretenen Beweises. 19. 20.
Siehe auch: Appellation.
Provision, Zulässigkeit, vierteljährlicher Provisions-Berechnung bei Kunstwerken; desgleichen halbjährlichen Rechnungsabschlusses unter Zinsberechnung von Zinsen und dem jeweiligen Saldo. 240. Unerheblichkeit des Umstandes, daß die Geschäftsverbindung nur noch in Abschlagszahlungen bestand. 240.
Provisions-Reisender, dessen rechtliche Stellung zum Prinzipale. 369. 372.
Sind bei Berechnung der Provision, Retourwaaren 2c. abzuziehen? 379.
Siehe auch: Handlungsreisender.
Prozeß-Kosten, s. Kosten.
Prozeß-Zinsen, s. Zinsen.

Q.

Quasi possessio, von negativen Servituten, bedingt durch Prohibition zuwider laufender Handlungen. 126.

R.

Rechnungsirrthum, ex officio zu berichtigen. 881.
Rechnungsstellung, die Justification einer Provisions-Rechnung (resp. die Buchvorlage) kann, nachdem über dieselbe Jahre lang Stillschweigen beobachtet worden, nicht mehr begehrt werden. 407.
Rechtskraft, Tragweite derselben. 109.
Rechtsmittel, s. Appellation, Restitution.
Reinigungseid, s. Eid.
Reisender, s. Handlungsreisender.
Resolutiv-Bedingung, s. Bedingung.
Restitution, gegen Versäumung der Appellations-Fatalien wegen Rechtsirrthums des Sachführers. Strafe 49.
gegen Versäumung eines Schwörtermins wegen unterbliebener Mittheilung desselben von Seiten des Sachführers. 138.
gegen versäumte Fristen oder Tagfahrten auch nach ergangenem Contumacial-

Digitized by Google

Urtheil ist nicht von den Bedingungen der rest. contra vem jud. abhängig. 140.

Gestattung des Gegenbeweises gegen den behaupteten Restitutionsgrund vor Ausschwörung des Restitutions-Eides. 141.

Zulässige Verbesserung des Restitutions-Gesuchs. 139.

Retention, des Kaufpreises ist nicht gestattet, wegen Nichterfüllung eines zwischen denselben Parteien bestehenden weiteren Kaufvertrags. 338.

Wer unter Herleihung seines Namens für einen Dritten ein Geschäftslocal ermiethet, hat nicht die Detention, folglich auch kein Retentionsrecht an den darin befindlichen Waaren. 132; der Besitz der Schlüssel gewährt an sich nicht den Besitz des Locals. 132.

Richterliches Amt, s. Amt.

Rückstandsklage, s. Insatzklage.

S.

Sachlegitimation, cf. Passivlegitimation.

Sachverständige, gemeinsame Berathung der Sachverständigen nicht gerade nothwendig. 411.

Bei Collision von Gutachten, welche nicht eine Schätzung betreffen, kann der Richter im Falle erheblicher Zweifel gegen das Majoritätsgutachten, andere Sachverständige zuziehen. 412. cf. Urkundenbeweis.

Deren Interesse für den Producten gibt dem Producenten kein Recht auf Verwerfung. 21; unbestimmtes und entferntes Interesse des Sachverständigen für den Producenten, begründet — anders als beim Zeugen — den Antrag auf Verwerfung. 21. 22.

Schenkung, die Vorschriften über Insinuation einer Schenkung auch bei Nachlaßverträgen anzuwenden. 319.

Schreibverständige, cf. Sachverständige, Urkundenbeweis.

Schuldverschreibungen, au porteur, deren rechtl. Natur im Gegensatze zu Schuldverschreibungen auf Namen. 165.

als Waare zu betrachten; das Pfand an denselben gilt nicht als pignus nominis, sondern rei. 237.

Einreden gegen den Rechtsbestand des Geschäfts, falls solche nicht erst nach Emission der Schuldverschreibung entstanden, können jedem Inhaber entgegen gesetzt werden. 165.

Versicherungscontracte (Policen) au porteur; haben solche die rechtliche Natur der Inhaberpapiere? 164.

Schweigen, auf eine mehrfacher Deutung fähige Zuschrift auch unter Geschäftsfreunden unpräjudicirlich. 251.

Schwängerung, Beweis versucht durch Hinweisung auf den Brautstand. 228; desgl. aus der anstößigen Beschleunigung der Heirath. 229; desgl. aus der Fortsetzung des ehelichen Verkehrs nach Wahrnehmung der vorehelichen Schwangerschaft. 229.

Siehe auch: Alimente.

Servitut, vorübergehende Zuwiderhandlung zum Behufe erlaubter Anlagen statthaft. 126.

Negative Servitut; der Besitz derselben ist bedingt durch Prohibition zuwiderlaufender Handlungen. 126.

Simulation, Einrede der Simulation auch ohne weitere Substantiirung zulässig. 58.

Societät, s. Gesellschaftsvertrag.

Staatspapiere, s. Schuldverschreibungen au porteur.

Statuten-Collision, die Gesetze des Domicils (nicht der Heimath) entscheiden über Vererbung und Regulirung eines Nachlasses. 112. 116; insbesondere auch bezüglich der Erbschaftssteuer. 112.

Ob auf ein Vermächtniß vor Antritt der Erbschaft und gegen den Testamentsexecutor geklagt werden kann, bestimmt sich nach dem Rechte des erblasserischen Wohnorts. 57.

Ausländisches Recht (Hamburger) ist, wenn dem Richter bekannt, ohne weiteres anzuwenden. 57.

Beweislast bei Berufung auf von dem gemeinen Rechte abweichendes fremdes Recht. 388; Modification dieser Beweislast bei hinlänglich bekanntem Inhalte desselben. 388.

Bei Klagen auf Alimentation wegen außerehelicher Schwängerung, siehe: Alimente.

Stellvertretung, Verbindlichkeit der Handlungen eines Administrationsmitgliedes für die Administration. 282; siehe auch: Kauf.

Strafe, gegen den Sachführer bei versäumter Appellations-Fatalien. 49.

Stückzahlung, s. Zahlung.

Substantiirung, der Einreden, cf. Simulation, exceptio n. r. adimp. contr.

T.

Theilungsbeistand, s. Erbtheilung.

U.

Ungehorsam, s. contumacia.

Urkunden-Beweis, Schriftvergleichung gibt keinen vollen Aechtheitsbeweis. 416.

Siehe auch: Beweisantretung; Edition von Urkunden.

Urtheil, cf. Rechtskraft.

V.

Vernehmlassung, nothdürftig genügendes Abläugnen. 134.

Siehe auch: Geständniß.

Versicherungscontract, Täuschung des Versicherers durch den Versicherten über die Größe der zu übernehmenden Gefahr, berechtigt den Versicherer zur Anfechtung des Vertrags. 166.

Vertrag, zu Gunsten Dritter, cf. Passivlegitimationen

schriftlicher; Zulassung des Beweises mündlicher Nebenverabredungen. 325.

Siehe auch: Darlehn, Miethvertrag.

Verzicht, durch wissentliches Uebergehen eines Postens in einer Abrechnung. 377.

Genereller Verzicht auf alle Einreden gegen einen Vertrag wirkungslos 10.

cf. Compensation.

Verzugszinsen, s. Zinsen.

Vindication, von Grundstücken, die faktisch vom Expropriationsberechtigten (Eisenbahnverwaltung) in Gebrauch genommen sind, s. Expropriation.

W.

Wechsel, die Ausstellung eines eigenen Wechsels für eine bestehende Schuld von Seiten des Schuldners wirkt nach der Wechsel-Ordnung von 1739 nicht als novatio privativa; Zweifelhaftigkeit der Frage nach heutigem Recht. 53.

Aus dem Indossament ist hinsichtlich der zu Grunde liegenden causa (ob Kauf, Bürgschaft 2c.) nichts zu folgern. 38. 332.

Werthpapiere, s. Schuldverschreibungen.
Wiedereinsetzung, in den vorigen Stand, s. Restitution.
Wittwe, Fortführung des Geschäfts ihres Ehemannes, s. Handelsgeschäft, Handwerker.

Z.

Zahlung, Stückzahlung des liquiden Theils einer Schuld darf nicht abgelehnt und resp. verweigert werden. 16.
Zeugen, unbedeutendes Interesse, z. B. erhaltene Courtage, verdächtigt den Zeugen nicht. 26. 21. 402; eben so wenig eine nicht gerade zu enge Freundschaft mit dem Producenten. 345.
Unglaubwürdigkeit des Zeugen wegen Vermögensinteresses seiner Ehefrau und wegen Schwindelei. 71.
Verdächtigkeit der Nichten und Neffen des Producenten. 137.
Fallitzustand allein kein Verdachtsgrund. 347.
Unfähigkeit eines Zeugen wegen mittelbaren Interesses, insbesondere wegen ihr eventuell treffender Regreßpflicht. 401.
Handlungsdiener sind selbst über Ausrichtung ihnen ertheilter Aufträge nicht unzulässige Zeugen. 68. 71. 74. 75; desgleichen der nuntius (z. B. der Dollmetscher). 70.
Deren Aussagen sind, auch wenn dieselben über das vorgelegte Beweisthema hinausgehen, zu berücksichtigen und machen den Zeugen nicht verdächtig. 344. 351.
Unter welchen Voraussetzungen gibt die singularitas testium adminiculans vollen Beweis. 347.
Zinsen, vertragsmäßige, laufen während des Prozesses fort, wenn keine Prozeßzinsen verlangt sind. 216.
Zinsen, welche nicht auf einer selbstständigen Grundlage beruhen, z. B. Prozeß- und Verzugszinsen, können nach über die Hauptschuld ergangenem rechtskräftigen Endurtheile, weder in demselben, noch in einem neuen Verfahren nachverlangt werden. 306.
Beschränkung auf das alterum tantum. 87.
Zinseszinsen bei kaufmännischen Rechnungsabschlüssen, s. Provision.
Zinswucher, Anerkennung desselben, s. Anerkennung.
Zuständigkeit der Gerichte, s. Civilprozeßsache, Gerichtsstand.
Siehe auch: Statuten-Collision.

Druckfehler.

Seite	68.	Zeile	9	von	oben	lies	Grab statt Grund.
„	153.	„	9	„	„	„	Restforderung statt Rechtforderung.
„	206.	„	15	„	„	„	nach klarer statt von klarer.
„	207.	„	9	„	unten	„	der statt den.
„	207.	„	8	„	„	„	Beklagte statt Beklagten.
„	208.	„	5	„	oben	„	Wiemer statt Biemer.
„	239.	„	5	„	unten	„	auch statt auf.
„	277.	„	2	„	„	„	hin statt hier.
„	301.	„	7	„	oben	„	Expertise statt Exceptise.
„	324.	„	3	„	„	„	notarielle statt materielle.
„	333.	„	4	„	unten	„	den statt dem dem.
„	360.	„	10	„	„	„	568 statt 7568.
„	365.	„	10	„	oben	„	Sirey statt Pirey.
„	381.	„	6	„	„	„	zu streichen die Worte: Aberkennung sub. II B von.

Sammlung

der

Entscheidungen

des

Ober-Appellationsgerichts

der vier freien Städte

zu Lübeck

in

Frankfurter Rechtssachen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Juristen.

Vierter Band,

umfassend den Zeitraum vom 1. Januar 1858 bis 28. Juni 1859.

DR. J. F. BANKS
HAMBURG.

Frankfurt am Main.

J. D. Sauerländer's Sortimentsbuchhandlung.

1860.

Druck von J. D. Sauerländer.

Inhaltsverzeichniß.

Seite

146. Hintermeister wider die Dr. H. Erben . . . . . 1 — 13

Klage des unehelichen Braut-Kindes gegen die Erben seines natürlichen Vaters auf Ausfolgung der Erbschaft; Incidentantrag, gerichtet auf weitere Zahlung von Zinsen, welche vergleichsweise und unter der Bedingung des Verzichts auf alle weiteren Ansprüche gegen den natürlichen Vater dem Kinde zugesagt und auch bis zum Zeitpunkte der Klaganstellung entrichtet worden sind. S. 1 flg.

Legitimation des Vormundes resp. Beivormundes zur Sache nach den Gesetzen des Wohnorts des Mündels zu beurtheilen. S. 6.

Leistungen mit obligatorischen Rechtsverhältnissen können nicht Gegenstand eines Besitzes sein. S. 9.

Abweisung des Antrags. S. 10 und 11.

Incidentanträge begründen kein Recht auf weitere Proceß-Caution. S. 12.

147. Wilke wider Werner . . . . 14 — 18

Verpflichtung des Curators furiosi oder bonorum zur Recognition oder eidlichen Diffession von dem Curanden unterschriebener oder unterkreuzter Urkunden. S. 16 und 18.

Nothdürftiges Erbieten zum Diffessionseide; richterl. Substituirung der richtigen Eidesformel an Stelle der angebotenen ungenügenden. S. 17.

Zurückgreifen des Producenten auf den Diffessionseid nach mißlungenem Aechtheitsbeweis. S. 18.

Diffessionseid des Curators über Nichtwissen und Nichtglauben. S. 17 und 18.

148. W. N. zur Sache Brotbeck wider W. N. . . . . . 19 — 35

Bedingungen der Vollstreckbarkeit auswärtigen (Württemb.) Urtheils durch das hiesige Gericht. S. 19 flg. 25 flg.

Staatsvertrag oder bindende Zusicherung der höchsten Staatsbehörde des auswärtigen Gerichts über die Gewährung gleicher Rechtshülfe ist Voraussetzung der Execution. S. 19, 21 und 27.

Competenz des auswärtigen Gerichts nach den Gesetzen des requirirten Gerichts zu prüfen. S. 22.

Forum del. commissi bei bürgerl. Klagen aus unerlaubten, wenn schon nicht strafbaren Handlungen nicht abhängig, von der Anwesenheit des Bekl am Delictsorte. S. 23, 28 und 33.

Prorogatio fori, bedingt durch die Zustimmung des angegangenen incomp. Gerichts. S. 28.

Auswärts domicilirte Bürger und Bürgerssöhne haben dahier keinen ordentl. Gerichtsstand. S. 37.

149. Scheibel wider Zentner . . . . 36 — 38

Prüfung geführter Beweise. S. 36 flg.

Schiedseid, zuerkannt unter Voraussetzungen für Zulässigkeit des Reinigungs-Eides. S. 37.

*

Seite

150. Wer wider St. Goar . . . . 39 — 54

Befugniß des mit der exceptio quanti minoris auftretenden Käufers über die fragl. Waaren ohne Rücksicht auf angebotene Dispositionsstellung zu verfügen S. 41.

Relevanz-Bescheid. Sachverständige als Beweismittel über die Rechtzeitigkeit der Reclamationen wegen angeblicher Mängel verkaufter und nach New-York destinirter Waaren. S. 41.

Auslegung des Beweissatzes, „daß die Waaren alsbald nach der Ankunft untersucht und Verkäufer alsbald von den angebl. Mängeln benachrichtigt worden sei." S. 43 und 51.

Sofortige vollständige Specialisirung aller Ausstellungen gegen größere Lieferungen im kaufm. Verkehre nicht erforderlich. S. 45.

Beweiskraft außergerichtlicher und einseitig von einer Parthei veranlaßter Zeugnisse. S. 46.

Rechtzeitigkeit der Reclamation involvirit diejenige der Unters. der Waare. S. 47.

Sachverständige Zeugen als Beweismittel über die Qualität und den Werth von Waaren. S. 48 flg., 52 flg.

Comptoir-Bediente des Producenten verdächtige nicht unfähige Zeugen. S. 49.

Eignes Interesse der Zeugen. S. 49.

Notariell und eidlich abgegebene Zeugnisse schließen die nochmalige gerichtliche Vernehmung dieser Zeugen nicht aus. S. 50 und 54.

151. Kurzrock wider Gemeinde Bornheim . . . 55 — 63

Theilweiser Verzicht auf den Klaganspruch, nicht Klagänderung. S. 55.

Actenmäßiges Zugeständniß eines streitigen Eigenthumsrechtes macht das Urtheil nicht überflüssig. S. 56.

Beweiskraft der nach erfolgter Bannvermessung angelegten amtl. Flur-Karten und Lagerbücher. — Rechtl. Vermuthung für die Legalität der vorgenommenen Procedur. Zulässigkeit des Gegenbeweises. S. 59 flg.

Unanfechtbarkeit der amtlichen Aussteinung eines Grundstückes nach Verlauf von 10 Jahren gemäß Ref. Th. IX T. 3 § 8; Gültigkeit dieser Bestimmung auch für die Dorfschaften. S. 60.

Analoge Anwendung auf die Beweiskraft der Lagerbücher nach § 4 der V. v. 20. October 1825. S. 60.

Eidesdelation durch vollständigen Gegenbeweis beseitigt. S. 63.

152. Jandorf & Rambeau wider Tanner . . . 64 — 70

Verpflichtung zur alsbaldigen Untersuchung der Waare und Anzeige der Mängel an den Verkäufer auf den eigentl. Handelsverkehr beschränkt, nicht platzgreiflich auf Geschäfte mit Roh- und Halbproducten unter Fabrikanten. S. 68.

Unerheblichkeit der unterlassenen richtigen Benennung der Einrede. S. 68

Durch Anbrechung der Waare wird nur die Redhibition nicht die Minderungs-Klage verwirkt. S. 69.

Uebergang der Gefahr bei Versendung von Waaren. S. 70.

153. Gebr. Leser wider Melas & Gernsheim . . . 71 — 84

Garantie des Verkäufers, „daß dem Käufer bei direktem Weiter-Verkauf der Waare in Havanna ein bestimmter reiner Nutzen verbleiben werde." Abweisen der Garantiepflicht bei Weiterverkauf in Havanna durch einen dortigen Commissionär. S. 71 flg.

Zulässigkeit der Einrede, daß der Ausdruck „direkter Verkauf" bei überseeischen

Seite

Geschäften nach Handelsgebrauch nur die Vermittlung eines Commissionärs in dem europ. Seehafen ausschließt. S. 79.

Mangel eigner Wissenschaft befreit von der Angabe andern Sachverhalts bei der Streiteinlassung. S. 83 und 84.

Vorbehalt der Benützung des Aktieninhalts für den Beweis selbstverständlich. S. 83.

Editionspflicht des Klägers gegenüber dem Beklagten — Vorsichtsmaßregeln bei der Edition. — S. 83.

154. Küchler wider B. H. Goldschmidt . . . . . 85 — 103

Haftung des Bankiers aus dem Inhalte der von ihm erlassenen Einladung zur Betheiligung an einem Anlehen resp. Actien-Ausgabe einer ausländischen Eisenbahn-Gesellschaft. S. 85.

Anfechtung des abgeschlossenen Kaufs von Prioritäts-Aktien wegen des angebl. durch den Prospectus erregten irrigen Glaubens: Schuldscheine und Obligationen der Gesellschaft zu erwerben. S. 92.

Zweifelhafte Bedeutung des Ausdrucks Prioritäts-Aktien (im Gegensatze zu Prioritäts-Obligationen) im Geschäftsverkehre. S. 93.

Genehmigung des Kaufs durch Zunahme der durch ihren Inhalt sich offen als Aktien erweisenden Certificate und längeren Besitz ohne Erhebung von Reclamationen. S. 95 flg.

Unerhebliche Anfechtungsgründe. S. 97 und 98.

Prädicirung einer bestimmten Zinsengarantie der betreff. Landesregierung auf eine benannte Reihe von Jahren ohne Angabe der dem Bankier bekannten Resolutiv-Bedingung dieser Garantie. S. 100.

Unplatzgreiflichkeit der actio propt. laes. enorm., doli, redhibitoria zur Rescission des betr. Kaufs, Stattnehmigkeit der actio emti auf das volle Interesse wegen doloser Verschweigung wesentlicher Mängel. S. 101.

Einrede, gegründet durch die Hinweisung auf das die Resolutivbedingung enthaltende Regierungs-Decret; desgleichen auf die Ueblichkeit der betr. Resolutivbedingung bei derartigen Unternehmungen. S. 101.

Erheblichkeit der Einrede, daß der Käufer bei der Subscription oder bei Empfangnahme der Aktien das die Resolutivbedingung statuirende Decret gekannt habe. S. 102.

155. Schwarzschild Söhne wider Sang . . . . . 104 — 119

Wechselklage aus einem in London gezogenen, unter Beifügung einer Zahlungsadresse acceptirten und zahlbaren Wechsel gegen den dahier anwesenden Acceptanten. S. 104 flg.

Begriff des domicilirten Wechsels nach Art. 43 der W.-O. S. 111.

Englisches Recht maßgebend — Voraussetzung der Anwendbarkeit des Art. 85 und 86 der D. W.-O. S. 112.

Beweispflicht der Parthei hinsichtl. des angerufenen fremden Rechtes. S. 113.

Ausnahme bei völliger Undenkbarkeit einer abweichenden Bestimmung desselben oder bei unzweifelhaften Aussprüchen glaubwürdiger Schriftsteller. S. 114.

Protesterhebung bei englischen Inlandwechseln weder gegenüber den Vormännern noch gegen den Acceptanten erforderlich. S. 115.

Begriff des qualificirten Acceptes nach engl. Rechte. S. 116.

Zinsen der Wechselsumme nach engl. Rechte, auch ohne Protesterhebung (abweichend von Art. 99 der hies. Proceßordnung) vom Verfalltage an zugesprochen. S. 117.

156. M. J., geb. L., wider L. . . . . 120 — 123

Arrestimpetration und Klage auf Aussteuerung mit einer bestimmten Summe auf Grund eines Vertrages. S. 120.

Seite

Auslegung des Vertrags — Abweisung der Klage. S. 121 flg.

Unzulässige mutatio libelli in höherer Instanz. S. 123.

157. Eliason wider Sonnemann . . . . . . 124 — 135

Conto-à-meta-Geschäft (Verkaufsconsignation), Begriff und Wirkungen unter den Contrahenten. S. 124 flg.

Verkauf von Conto-à-meta-Waaren von Seiten des Socius unter dem als wirklicher Werth angenommenen Facturapreise — zulässig, wenn durch beiderseitiges Interesse (drohende gänzliche Entwerthung der Waaren) geboten. S. 129. Beweispflicht des verkaufenden Theils. S. 129.

Verkaufsselbsthülfe des Socius behufs Berichtigung seiner Auslagen, bedingt durch mora des zum Ersatze der Auslagen verpflichteten anderen Theils. S. 129 und 130.

Reduction des Klaganspruchs durch ein vom Kläger selbst duplicando producirtes Document, auch ohne Antrag des Beklagten. S. 130.

Berufung auf ausländisches — am Orte der Ausführung des Conto-à-meta-Geschäfts geltendes — Recht. S. 130.

Beweis über Größe und wirkliche Entrichtung des verrechneten Zolls. S. 132.

158. Kremenz wider Horst . . . . 136 — 139

Exceptio rei judicatae; Mangel der gesetzl. Voraussetzungen. S. 136 flg.

Einrede des Verzichts ohne genügende Basis opponirt. S. 138.

Strafe gegen den Sachführer, wegen Mißbrauchs der Rechtsmittel. S. 139.

159. Chirurgen-Innung wider Kettler . . . 140 — 152

Die Ausübung der Wundarzneikunde und kleineren Chirurgie dahier ist auch für die auf Grund der früheren Medicinalordnung von 1817 recipirten (nach der neueren Med.-Ordnung von 1841 nicht mehr zu creirenden) Wundärzte 1. Classe durch den fortdauernden Besitz einer Barbiergerechtigkeit bedingt. S. 140 flg.

Auslegung der neueren Med.-Ordnung in dieser Richtung; Erforschung des erwiesenen Willens des Gesetzgebers; Verhandlungen der gesetzgeb. Körperschaften als Interpretationsmittel. S. 145 flg.

Beschworne Innungsstatuten sind neben den allgemein geltenden Staatsgesetzen maßgebend. S. 151.

Activ-Legitimation der klagenden Chirurgen-Innung. S. 151.

160. Margaretha R. wider Joh. Kaspar R. . . . . 153 — 155

Ehescheidungsklage. — Prüfung des klägerischen Zeugenbeweises. S. 153.

Verurtheilung in die Vermögensnachtheile in andern als den Fällen der Ref. 5, 6, § 2 u. 3. S. 155.

Verbot der Eingehung einer anderweiten Ehe, dessen Natur und Unzulässigkeit bei nicht völliger Schuldlosigkeit des klägerischen Theils. S. 155.

161. Däms wider Jassoy & cons. . . . . . . 156 — 165

Anfechtung eines Testaments als nichtig wegen unbestimmter Bezeichnung (Ref. 4, 9, 4) beziehungsweise Ungewißheit der eingesetzten Erben; S. 156.

desgleichen wegen Wegfalles der Voraussetzung (causa) der Erbeinsetzung; Erfordernisse dieses Nichtigkeitsgrundes; nur theilweiser Wegfall d. causa; S. 159.

desgleichen wegen Simulation der Erbeinsetzung; alsbaldige Verwerflichkeit des Einwandes der Simulation wegen der Art seiner factischen Begründung. S. 162.

Bedingte Befugniß beklagt. Streitgenossen zu Abgabe abgesond. Schriften. S. 164.

162. H. Epstein ca. Mertens . . . . 165 — 178

Intervention gegen einen bei den Testamentsexecutoren auf einen Erbantheil

Seite

des Beklagten erwirkten Arrest auf Grund einer von dem Beklagten geschehenen Cession jenes Erbantheils. S. 171.

Rechtliche Characterisirung dieses Cessionsgeschäftes hinsichtl. s. Objektes. S. 172.

Exceptio Pauliana Seitens des Interventen gegenüber der Cession; Zulässigkeit und Begründung dieser Einrede; theilweise Gültigkeit der Cession unter dem Gesichtspunkte einer datio in solutum Fassung d. Beweissatzes. S. 176.

Einwendungen des Intervenienten gegen die im Hauptverfahren eingeklagte Forderung. S. 177.

163 — 167. H. Epstein wider J. Mertens, wider Berlyn, wider Lehmann, wider J. Goll & Söhne, wider Gumpf . 179 — 181

Gleichen Inhalts wie Nr. 162; jedoch bei Nr. 164 als Zusatz zur exc. Pauliana: Zur Begründung der Pauliana im Falle eines durch einen Procurator abgeschlossenen Cessionsgeschäftes ist dolus des Cessionars, nicht des Procurators entscheidend. S. 180.

168. Elisabetha Sch. wider Johann E. . . . . . . 182 — 184

Klage gegen den außerehelichen Schwängerer auf Satisfaction und Alimente. Die Höhe der zu gewährenden Beträge zunächst nach den Verhältnissen der Mutter zu bestimmen; Einfluß der Lebensverhältnisse des Schwängerers, insbesondere einer späteren Verbesserung derselben.

169 und 170. F. E. H. wider Dr. Berg als curator ad litem der Tochter der H'schen Ehefrau, wider Dr. Seßler als curator ad litem des Sohnes der H'schen Ehefrau . 185 — 191

Paternitätsklage (Bestreitung der ehelichen Abstammung eines Kindes Seitens des Ehemannes). S. 188.

Die gerichtlich bestellten Vermögensverwalter des Ehemannes als solche zum Proceß nicht legitimirt. S. 188.

Begründung der Klage; Ehebruch Seitens der Ehefrau nicht ausreichend, sondern nur die Unmöglichkeit einer Erzeugung durch den Ehemann. — Fassung des Beweissatzes. S. 189.

Berichtigung einer unrichtigen Zeit-Berechnung d. judex a quo ex officio. S. 191.

171. B., geb. S., wider ihren Ehemann B. . . . . . . 192 — 196

Ehescheidungsklage; in dem Beweisinterlokut kann die Entscheidung über das Gewicht der vorgebrachten, beziehungsweise zu Beweis gestellten Thatsachen bis nach geschlossenem Beweisverfahren vorbehalten werden. S. 194.

172. Scherer wider Thompson . . . . 197 — 203

Beurtheilung eines Urkundenbeweises (kaufmännische Correspondenz).

173 und 174. Lichtenstein wider Friedenberg, Rothschild wider Friedenberg . . . . 203 — 208

Ist die beklagtische Behauptung, daß bei Abschließung des der Klage zu Grunde gelegten Vertrages noch die Beibringung einer Genehmigung des Klägers binnen bestimmter Frist verabredet sei, negative Einlassung? S. 204.

Fassung des Beweissatzes bei qualificirtem Geständniß. S. 206.

175. Lersner wider Dreßler & uxor. . . . . . . 209 — 213

Production neuer Zeugen nach erfolgter Zeugenvernehmung im Wege der Restitution. S. 212.

176. Althenn wider Kahl . . . . 214 — 215

Stellung des Contumacialantrages gegen deshalbige Verabredung der Parteien durch ein Versehen des Procurators als Restitutionsgrund bei Fristversäumnissen. S. 214.

Seite

177. Borgnis wider Gasbereitungsgesellschaft . . . . . 216 — 222

Negatorienklage wegen Verderbs des klägerischen Brunnens durch Eindringen des auf dem beklagtischen Grundstücke bereiteten Gases. S. 221.

178. Hildebrand wider Strauß . . . . 223 — 232

Prüfung einer Beweisführung S. 224., insbes. von Gutachten Sachverständiger; Unvollständigkeit e. Gutachtens S. 226., erhebliche Zweifel gegen d. Richtigkeit eines Majoritätsgutachtens; Ernennung neuer Sachverständiger. S. 230.

179. Hintermeister wider die Dr. H'schen Erben . . . . 233 — 242

Restitution wegen Minderjährigkeit gegen Fristversäumniß, insbesondere Fristenlauf einer solchen Restitution. S. 234.

Incidentantrag auf Edition von Urkunden; in welchem Proceßstadium zulässig? — Gewechselte Briefe sind gemeinschaftliche Urkunden. S. 234.

Antrag auf Errichtung eines Erbschaftsinventars als provisorische Maßregel wegen hohen Alters der beklagten Wittwe als der allein aus eigener Wissenschaft mit dem Nachlaßbestande bekannten Erbin. S. 236.

180. Krebs & cons. wider Bauamt . . . . 243 — 252

Anwendbarkeit der gesetzlichen Bestimmungen über das bei Neubauten einzuhaltende Höhenmaß auf öffentliche Gebäude; Exceptionelle Natur von Kirchen- und Thurmbauten. S. 246.

Berufung auf specielle Dispensation des Bauamts von jenen Bestimmungen; formelle Erfordernisse dieser Dispensation. S. 248.

181. St. Goar wider Kitz . . . . 253 — 266

Inderd. quod vi aut clam. — Characterisirung des zu demselben erforderlichen Interesse. S. 261.

Statthaftigkeit des Interdicts für den Miether gegen den Vermiether und Eigenthümer. S. 262.

Voraussetzungen der Clandestinität (insbesondere bei Errichtung des opus in dem vom Kläger bewohnten Hause), sowie des vi factum (Prohibition). S. 265.

182. Wertheimer wider Schweickardt . . . . . . 267 — 270

Anfechtung eines Lieferungsgeschäftes über Actien als wucherlich (Ungewißheit des Vortheils schließt Wucher aus) sowie wegen falscher beziehungsweise unterlassener Mittheilungen über einzelne, für den zukünftigen Actiencurs erhebliche Umstände. (Im Handel ist der Mitcontrahent zu Aufschlüssen über Handelsconjuncturen an den andern Theil nicht verpflichtet). S. 268.

183. Ettling wider Fritz . . . . 271 — 281

Actio de in rem verso auf den Preis von dem Ehemanne der Beklagten bestellter und an dem Haus der Beklagten angefertigter Schreinerarbeit. S. 278.

Voraussetzungen der act. d. i. r. verso; der Ehemann der Beklagten, deren negotiorum gestor (Mittheilung dieses Sachverhältnisses an den Kläger irrelevant); Nothwendigkeit der Verwendungen nicht, sondern nur Bereicherung des beklagtischen Vermögens erforderlich; Veranschlagung der Bereicherung. S. 280.

184. M. M. Victorine St., geb. P., wider C. A. W. St. . 282 — 293

Extrajudicial-Appellation gegen Abweisung einer Ehescheidungsklage wegen Incompetenz; nothdürftige Wahrung der Förmlichkeiten. S. 284.

Forum domicilii das alleinige Forum für Entscheidungsklagen (ohne Rücksicht auf Staatsangehörigkeit). S. 285.

Begründung des beklagtischen Domicils (bleibende Anstellung auf Wohlverhalten, Gründung eines Haushalts, Verheirathung mit einer Bürgerstochter). S. 285.

Seite

Präsumtion der Fortdauer eines einmal begründeten Domicils (unbekannt wo abwesend). S. 286.

Exemtion der Bundeskanzlei und Kassenbeamten von der Jurisdiction der Frankfurter Gerichte; Möglichkeit eines — freiwilligen — Domicils zu Frankfurt für solche Beamte (im Gegensatze zum Gesandtschaftspersonal); Unterwerfung unter die Frankfurter Gerichte bei Auflösung des Dienstverhältnisses. S. 286 flg.

185. W. M. Juliane K., geb. D., Anerkennung eines auswärtigen Scheidungsurtheiles . . . . 294 — 300

Die Regeln über die Vollstreckbarkeit der Urtheile auswärtiger deutscher Gerichte anzuwenden auf die Anerkennung auswärtiger (Stadtgericht Berlin) Ehescheidungsurtheile. (Ehescheidung aus einem im Frankfurter Rechte nicht anerkannten Scheidungsgrund.) S. 298.

Competenz des auswärtigen (Ehe-) Gerichts bei duplex domicilium und bei Verlegung des Domicils in fraudem legis. S. 299.

186. Zißmann wider Gallus'sche Erben . . . . . 301 — 308

Prüfung einer Beweisführung. — Beweis einer gemachten Auslage durch Besitz der, jedoch nur auf den Geschäftsherrn lautenden Quittung. — Ausgleichung geleisteter Arbeiten durch remuneratorische Liberalitäten.

187. A. Bissar zu Deidesheim, als Inhaber der dasigen rheinischen Früchtehandlung wider G. Warnecke . . . . . 309 — 318

Klage aus einem für die rheinische Früchtehandlung vom Kläger abgeschlossenen Lieferungsgeschäfte; Bestreitung der Activlegitimation, weil das Geschäft mit dem Kläger nur in dessen Eigenschaft als Geschäftsführer (nicht Eigner) jener Handlung abgeschlossen worden; Normirung des Beweises. S. 315 flg.

Eintritt in eine fremde Handlung, insbesondere eine solche, deren Firma von Ort oder Zweck der Handlung entlehnt ist; Haftung für frühere Handlungsschulden? S. 317.

Verträge zu Gunsten Dritter in der Regel für die letzteren nicht klagbar. S. 318.

188. H. Scharff v. Scharffenstein wider G. Scharff . 319 — 334

Klage des Erben eines socius gegen den früheren Gesellschafter auf Edition des die Auflösung der Societät enthaltenden Separationsvertrages, sowie von Handlungsbüchern und von Quittungen, welche auf eine (Privat-) Darlehnsforderung des Klägers sich beziehen; Prüfung der Qualität dieser Urkunden als gemeinschaftlicher. S. 326, 328 und 331.

Zur Begründung der Editionsklage wegen gemeinschaftlicher Urkunden bedarf es nicht noch des Nachweises eines speciellen Interesses. S. 329.

Rechtliches Interesse des Klägers an Edition einer Urkunde als alleiniger Klaggrund nur in besonderen Fällen ausreichend. S. 332.

189. Schaby wider Ehmant . . . . 336 — 339

Nichtigkeit eines appellationsgerichtlichen Urtheils wegen Mitwirkung eines bei der sententia a qua thätig gewesenen Richters; Ausdehnung dieser Nichtigkeit auf den gesammten Inhalt des betr. Urtheils; Fähigkeit jenes Richters zur Proceßleitung in der Appellationsinstanz. S. 337.

190. Graubner & Söhne wider Bankwitz . . . . 340 — 346

Arrestklage gegen einen Auswärtigen; Ausbruch des Concurses über den Arrestimpetranten an seinem Wohnorte; Requisition des ausländischen Concursgerichtes wegen Aufhebung des Arrestes; Nothwendigkeit contradictorischer Verhandlung vor Willfahrung der Requisition. S. 342 flg.

Seite

Die Appellation gegen eine solche Verhandlung den Arrest aufhebendes Erkenntniß als ordentliche (nicht als Extrajudicial-) Apellation zu behandeln. S. 341.

Dem Arrestimpetranten steht im Concurse des Impetraten kein Vorzugs- oder Pfandrecht am Arrestobjecte oder an der zur Abwendung des Personalarrestes gestellten Caution zu. S. 345.

191. Lönhold wider die Ehefrau des Dr. med. Hofmann . 352 — 360

Nicht blos mit der rescissorischen actio emti, sondern auch der actio redhibitoria (wegen Verhinderung der Bebauung eines als Bauplatz verkauften Grundstückes) kann Ersatz der Impensen (Baukosten) und des entgangenen Gewinnes verfolgt werden. S. 355, 358.

Exc. propriae culpae bezüglich der verwendeten Baukosten; Beseitigung durch die Replik, daß Verkäufer auf Mittheilung des vom Dritten erhobenen Einspruches zum Beginne des Baues seine Zustimmung ertheilt habe. S. 356.

Der Ersatz des entgangenen Gewinnes (Miethgelder aus dem projectirten Hause) wegen Ungewißheit dessen Eintrittes verworfen; wann ist ein Gewinn als wirklich entgangen zu betrachten und daher zu ersetzen? S. 358.

Die — auch auf lucrum cessans anwendbare — Beschränkung der Interesseforderung cessirt bei dolus oder culpa lata des Schuldners. S. 359.

192. S. Tedlér wider Prätorius . . . . . . 361 — 371

Wechselklage des Indossatars gegen den Acceptanten; die replikarische Angabe, daß die Klage nur im Interesse eines Dritten angestellt sei, zwar ex officio formell in Betracht gezogen, jedoch für materiell unerheblich erklärt. S. 365.

Exc. doli wegen Betheiligung des Klägers an dem vom Tressanten am Tressaten bei Erlangung des Acceptes begangenen Betruges; die exc. doli specialis, welche dem Acceptanten eines noch nicht in Umlauf befindlichen Wechsels gegen dessen Aussteller zusteht, greift auch gegen den wissentlichen Erwerber des Wechsels Platz. S. 366, 368.

Beweislast bezüglich der Unbedingtheit eines Geschäftes. S. 371.

193. Margar. Berlt wider Kühn & ux. . . . . . 375 — 379

Beurtheilung einer Beweisführung (über die causa einer Geldzahlung; Darlehen oder dos?); Indirecter Beweis. S. 375.

Zeugenaussagen über eine Negative (nicht dos); Voraussetzungen ihrer Beweiskraft. S. 376.

Schwiegerkinder des Producenten — namentlich in einer Familiensache — nicht unzuläßig. S. 377.

Eideszuschiebung über die einzelnen Theile eines künstlichen Beweises. S. 378.

Annullirung eines in den Entscheidungsgründen 1. Instanz enthaltenen Ausspruches über die Kosten. S. 379.

194. K., geb. E., wider ihren Ehemann K. . . . . . . 380 — 381

Restitution gegen Ablauf der App. Einführungsfrist wegen Versäumnis des Sachführers; Auflage entsprechender handtreulicher Versicherungen des Letzteren auf seinen Amtseid. S. 380.

Verurtheilung des säumigen Sachführers zu Kostenersatz und Strafe. S. 381.

195. G. May gegen L. Maas . . . . 382 — 395

Klage aus einem Prolongationsgeschäfte auf Lieferung der in Prolongation gegebenen Effecten. S. 387.

Auslegung dieses Prolong.-Geschäftes als eines Verkaufes mit der Nebenberedung eines pactum de retrovend. et retroemendo (nicht eines unbeding-

Seite

ten Rückkaufes; auch nicht als eines Darlehens mit Verpfändung). S. 388 flg.

Bedeutung und Wirkung des dem p. de retrov. et retroemendo beigefügten Termines („ultimo October"); ob Anfangs- oder Endtermin? S. 389.

Eine für perfecte Rücklieferungsgeschäfte sub die angeblich existirende Börsenusance als nicht zutreffend verworfen. S. 393.

196. Direction der Aachner und Münchner Feuerversicherungsgesellschaft wider H. Köpp . 396 — 405

Klage des Geschäftsherrn gegen den ehemaligen Commis auf Zahlung der durch des Letzteren Eintritt in ein ähnliches Geschäft verwirkten Conventionalstrafe. S. 396.

Anfechtung der Pönalstipulation Seitens des Commis

1) wegen mangelnder Zustimmung seines paterfamilias (auf Grund des preuß. Rechtes als Personalstatut). S. 398.

Beendigung der väterlichen Gewalt nach preuß. Rechte durch eigenes Gewerbe; Begriff des letzteren. S. 398.

2) wegen darin enthaltener unstatthafter Beschränkung der Arbeitsfreiheit (contra bonos mores und contra legem cogentem); Verwerfung auf Grund des gemeinen wie des preuß. Rechtes; zwingende Gesetze des Vertragsortes sind auch von dem auswärtigen Proceßgerichte anzuwenden. S. 400.

3) wegen mangelnden Interesses an Erfüllung der Hauptverbindlichkeit; Verwerfung dieser Einrede. S. 403.

197. B., geb. A., wider ihren Ehemann B. . . . . . . 406 — 411

Provisorische Trennung im Entscheidungsproceß auf Grund des Ergebnisses des Beweisverfahrens in 1. Instanz verfügt, in zweiter versagt. S. 407.

Unschädlichkeit vorbehaltloser Befolgung der unterrichterlichen Verfügung bei ausgeschlossenem Suspensiveffecte der eingelegten Appellation. S. 408.

Voraussetzungen, unter welchen eheliche Zwistigkeiten und Körperverletzung den Antrag auf provisorische Trennung rechtfertigen. S. 410.

198. J. Löwenstein wider K. G. Gossi . . . . . 412 — 425

Klage auf Herausgabe von Mobilien gegen den Besitzer (Begründung durch die Voraussetzungen der Public. actio). S. 414, 417.

Verkauf von Mobilien mit gleichzeitiger Ermiethung derselben enthält ein constit. possessorium. S. 418.

Bei fälschlicher Ableugnung des Besitzes von Seiten des Beklagten ist der Vindicant von dem Beweise des Eigenthums (l. 80 D. De R. V.) nur im Falle deshalbigen speciellen Antrages zu entbinden. S. 420.

Der Uebernehmer fremder Verbindlichkeiten ist auch an die in dem betr. Vertrage enthaltenen Bekenntnisse des ursprünglichen Schuldners gebunden. S. 421.

Der Uebernehmer einer Fabrik oder Handlung unter neuer Firma wird noch nicht durch die Stipulation der Uebernahme aller Passiva, auch nicht durch Berichtigung einzelner Schulden, sondern erst durch entsprechende Bekanntmachung (durch Börsenanschlag 2c.) den bisherigen Gläubigern verhaftet; Zweifelhaftigkeit der Frage bei Fortführung des Geschäfts mit unveränderter Firma. S. 422 flg.

Voraussetzungen der Haftung eines neu eintretenden socius für die früheren Handlungsschulden. S. 423, 427, 429.

Haftung des socius auch für die ohne sein Vorwissen von dem anderen Theilhaber contrahirten Schulden (gewohnheitsrechtliche Beseitigung der Ref. II, 23, 9). S. 428.

Auszüge aus früheren Entscheidungen:

Zu 147. Aron wider Dietz'sche Nachlaßdebitmasse. 1852 . . . 18

„ 148. Neumann wider Weickersheimer & Consorten 1850 25

„ „ Fresenius wider Herff. 1845 28

„ 150. Amschel wider Herzfeld. 1850 51

„ „ Kahl wider Kahl. 1844 52

„ „ Heygen wider Ebner. 1852 53

„ „ Wormersley & Burt wider Ansell. 1850 . . . 54

„ 153. Gerold wider Pillot. 1851 84

„ 162. Kalkbrenner, geb. Frank, wider Rechnei- und Rentenamt. 1857 178

„ 178. Hainer wider Künzer. 1839 231

„ 179. Hofmann, Joh. H., Testamentserben. 1843 238

„ 184. Dr. Ehrmann ux., Bestellung eines Curators betr. 1841 . 290

„ 188. Wertheimber wider Spiro. 1833 334

„ 190. M. Reutlinger wider Herzog Adam v. Würtemberg. 1850 346

„ 192. Wertheimber wider Böhmer. 1832 371

„ „ Erlanger wider Sugenheim curatores. 1852 . . . 374

„ 196. Ellisen wider Mombert. 1845 395

„ 198. Hermann wider Peters. 1841 425

„ „ Imp. Cont. Gas-Assoc. wider Schiele & Knoblauch. 1841 426

„ „ Schwennike wider Wurster. 1846 427

„ „ Wolff wider Minoprio. 1852 429

Druckfehler.

Seite 20 Z. 7 v. n. lies Heurich cu. Fecht statt H. und F.
„ 21 „ 19 v. u. „ „ „ „ „ „ „ „
„ 39 „ 7 „ u. „ Ankunftstage statt Ankaufstage.
„ 50 „ 16 „ u „ Affidavits statt Affidarits.
„ 56 „ 5 „ o. „ stehe dem Kläger auch kein statt noch ein ꝛc.
„ 100 „ 1 „ o. „ verkennen statt erkennen.
„ 104 „ 2 „ o. „ J. A. Schw. statt F. A. Schw.
„ 153 „ 7 „ u. „ nicht rechtsverständig.
„ 170 „ 6 „ o. „ Intervention statt Invention.
„ 170 „ 13 „ u. „ denn statt dem.
„ 170 „ 12 „ u. „ darthun statt darzuthun.
„ 172 „ 16 „ o. „ da statt daß.
„ 175 „ 12 „ u. „ Impetraten statt Inpetraten.
„ 197 „ 2 „ u. „ Widerbeklagter statt ten.
„ 213 „ 7 „ o. „ hinweggefallen statt hinwegfallen.
„ 214 „ 8 „ o. „ und der statt oder.
„ 214 „ 8 „ u. „ Läsion statt Cession.
„ 231 „ 5 „ o. „ auf statt auch.
„ 240 „ 18 „ o. „ in dem statt an dem.
„ 240 „ 20 „ o. „ erbeten statt verbeten.
„ 247 „ 8 „ u. „ C. do aedif. statt Ce. de aededif.
„ 257 „ 3 „ u. „ die statt der.
„ 262 „ 15 „ u. „ er statt es.
„ 264 „ 15 „ o. „ jedem statt indem.
„ 264 „ 3 „ u. „ begründenden statt begründeten.
„ 291 „ 13 „ u. „ demnach statt dennoch.
„ 306 „ 7 „ u. „ nicht vor.
„ 340 „ 16 „ u. „ das letzte statt der letzte.
„ 366 „ 8 „ u. „ der statt den.
„ 367 „ 12 „ o. „ Comma nach „dem Letzteren“ zu streichen.
„ 370 „ 4 „ u. „ gegen den Kläger statt der Kläger.
„ 375 „ 12 „ n. „ geschehen sei statt gesehen.
„ 381 „ 1 „ o. „ Einlegungsnothfrist statt Einlegungsnothschrift.
„ 390 „ 16 „ u. „ Bd. 3. S. 204 statt 304.
„ 412 „ 13 „ u. „ Gossi senior statt junior.

146.

Dr. **Simon Maas**, als außerordentlicher Vormund der minderjährigen **Julie Marie Eleonore Hintermeister** aus Schwanendingen im Kanton Zürich, Imploranten gegen die Erben des verstorbenen Dr. **C. Ph. H.**, Wittwe **E. E. H.** geb. **G.** und deren Kinder, Imploraten, Auszahlung von Zinsen betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 11. Juni 1856.

In Erwägung

1) daß der Vertreter der minderjährigen Julie Marie Eleonore Hintermeister in Gemäßheit der Vorschrift in Thl. 1. Tit. 16. § 1 der Stadtreformation zu der anerbotenen juratorischen Cautionsleistung für die Prozeßkosten zuzulassen ist;

2) daß die Einrede des unzuständigen Gerichts verwerflich erscheint, da die Beklagten, wenn auch theilweise nicht dahier domicilirt, doch gegen das Versprechen wegen der Ansprüche an den Nachlaß ihres Vaters dahier Recht nehmen zu wollen, als Erben desselben immittirt worden und als solche belangt sind, und da ferner ihr Vater Erbe seines vor ihm verstorbenen Sohnes Dr. H. geworden war, der jetzt erhobene Anspruch aber als ein solcher bezeichnet wird, welcher passive auf dem Dr. H.'schen Nachlasse gehaftet habe, wobei es, so viel die Competenzfrage betrifft, nicht darauf ankommt, ob dieser Gesichtspunkt der richtige ist oder nicht;

3) daß auch der Einwand der fehlenden legimatio ad caussam passiva auf Seite der mitverklagten H.'schen Kinder nicht ohne Weiteres begründet erscheint, da, wenn auch der Vertrag in [9] nur mit der Wittwe H. abgeschlossen und nur von ihr unterzeichnet ist, derselbe doch von ihnen genehmigt worden, eventuell als negotiorum gestio rücksichtlich ihrer zu betrachten sein soll;

4) daß zwar die von der Obervormundschafts-Behörde zu Zürich erfolgte Ernennung des Herrn Dr. Maas als außerordentlichen Vormundes der Julie Marie Eleonore Hintermeister und die ihm ertheilte Vollmacht, die Interessen derselben gegenüber der Familie und den Erben des Dr. H. von Frankfurt a. M. durch Führung von Prozessen oder durch Abschluß eines Vergleiches zu wahren, Herr Dr. Maas als einen curator ad litem für die Minderjährige darstellt, die Nothwendigkeit der eidlichen Verpflichtung eines solchen aus den zu Zürich geltenden Rechten nicht behauptet und begründet worden ist, der curator ad litem neben seinem Curatorium einer Prozeßvollmacht nicht bedarf und die Bezeichnung des verstorbenen H. als Dr. phil. statt med. auf einem augenscheinlichen Schreibfehler beruht;

5) daß jedoch der hier in Frage stehende Klagantrag auf Auszahlung der im gedachten Vertrage erwähnten Zinsen gerichtet ist, welche der Mutter der Julie Marie Eleonore Hintermeister zur Bestreitung des Unterhalts Beider ausbezahlt werden, und welche zur Hälfte der Mutter als lebenslängliche Nutznießung verbleiben sollen, daher Herr Dr. Maas, welcher nur als Vertreter der Tochter klagt, auch von der Mutter nicht bevollmächtigt ist, jedenfalls nicht Auszahlung der sämmtlichen Zinsen verlangen könnte;

6) daß aber sein Verlangen auch überhaupt unbegründet erscheint, insofern sich die Wittwe H. nur bewogen gefunden hatte, unter gewissen Bedingungen ein Kapital von 10,000 fl., beziehungsweise Zinsenzahlung hieraus, zu Gunsten der Mutter und Tochter Hintermeister zuzusagen und daß die siebente dieser Bedingungen dahin lautet, daß die Mutter Julie Hintermeister handelnd für sich und ihre Tochter, dagegen auf alle weiteren Ansprüche an den Nachlaß des Dr. H. und an seine Erben verzichtet;

7) daß sonach, da der Vertreter der Minderjährigen mit seiner Hauptklage weit mehr an den Nachlaß des Dr. med. H., resp. an dessen Erben, verlangt, als im Vertrage bedingungsweise zugesagt worden ist, das Zugesagte cessirt und nunmehr der Entscheidung des Hauptstreites überlassen bleiben muß, ob und was der klagende Theil von dem Nachlasse des Dr. H., beziehungsweise an dessen Erben, zu beanspruchen habe, wird für Recht erkannt:

1) Es hat Herr Dr. Maas als Vertreter der Julie Marie Eleonore Hintermeister in der — — — vor der Gerichtscommission anberaumten Tagfahrt, nach Maaßgabe der Stadtreformation juratorische Caution für die Prozeßkosten zu leisten, bei Vermeidung der Abweisung angebrachtermaaßen und der Verfällung in die Kosten;

2) Für den Fall der Erledigung dieser Auflage ist klagender Theil mit dem Antrage auf Auszahlung der Zinsen ab und zur Ruhe gewiesen, auch schuldig, den Beklagten die verursachten Prozeßkosten zu erstatten.

3) — — — — — — — — — — — — — — — —

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 15. September 1856.

Auf beiderseitige Appellation.

I. Die Beschwerde der Klägerin ist unbegründet. Der Anspruch, welcher hier in Frage steht, wird ausdrücklich und lediglich aus dem Vertrage hergeleitet. Nun steht aber nach deutlichem Inhalte dieses Vertrages der von den Beklagten übernommenen Verpflichtung der Verzicht der Klägerin als Gegenverpflichtung gegenüber, der Verzicht erscheint als Bedingung jener Verpflichtung: mit der Nichterfüllung der Bedingung, welche actenmäßig vorliegt, lößt die Verpflichtung der Beklagten sich auf.

Daß unter diesen Umständen dem Antrag der Klägerin auf dessen Zulassung ein unbedingter Anspruch nicht besteht,

vergl. Entscheidungsgründe des Erkenntnisses des Ober-Appellationsgerichts vom 30. April 1840 in S. v. Schweitzer ca. v. Schweitzer,

nicht statt zu geben war, bedarf keiner weiteren Ausführung.

II. Anlangend die Beschwerden der Beklagten, so besteht

1) zur ersten Beschwerde eine ordentliche Vormundschaft für die Klägerin und ist Herr Dr. Maas nur als außerordentlicher Vormund der Klägerin zum Zwecke der Führung der vorliegenden Prozesse demnach als curator ad hoc als Anwalt bestellt worden.

Digitized by Google

Ihm als solchem könnte unter keinen Umständen die Cautio juratoria angesonnen werden, da von ihm das eigene Wissen und der hiernach sich bemessende erforderliche Eid, daß die Klägerin durch Bürgen oder Pfand Sicherheit zu leisten nicht vermöge, nicht erwartet werden kann. Wenn nun gleich die mangelnde Bescheinigung der Reciprocität nicht im Wege stehen würde, den ordentlichen Vormund der Klägerin zur Eidesleistung zuzulassen, so kann doch eine eidliche Sicherheit in dem vorliegenden Falle um deßwillen nicht zugestanden werden, weil aus den Acten ausreichende Bescheinigung dafür sich ergibt, daß die Voraussetzungen, unter welchen das hiesige Gesetz eidliche Sicherheit zuläßt, bei der Klägerin nicht vorhanden sind.

2) Die zweite Beschwerde ist unbegründet, da die Beklagten die Verpflichtung ihres Erblassers, von diesem nach dem Gesetz vom 10. Januar 1843 § 2 übernommen, erfüllen müssen.

In gleicher Weise verhält es sich

3) mit der dritten Beschwerde, da die erläuternden Angaben der Replik, namentlich im Zusammenhalte mit dem Umstande, daß die Nebenklage gegen sämmtliche Beklagten der Hauptklage gerichtet ist, keineswegs als verspätet betrachtet werden können.

4) Die in [10] zu den Acten gebrachte Urkunde enthält eine von der zuständigen Obervormundschaftsbehörde ausgestellte Vollmacht. Mit ihr ist der Bevollmächtigte ausreichend ad processum legitimirt und für einen Bevollmächtigten bedarf es keiner Beeidigung. Eine Verlegenheit in dem Falle, wenn in dem vorliegenden Rechtsstreite die Ausschwörung von Eiden nothwendig werden sollte, kann nicht wohl entstehen, da Hr. Dr. Maas weder als Bevollmächtigter, noch als curator ad hoc, neben welchem eine ordentliche Vormundschaft besteht, zur Ableistung eines Eides wird herangezogen werden wollen.

5) Die fünfte Beschwerde kann füglich auf sich beruhen und die bei Gelegenheit der sechsten und siebenten Beschwerde angeregten Fragen bedurften nach dem Erfolge, welchen ein anderes Vertheidigungsmittel der Beklagten bei dem Ausgange des Rechtsstreites gehabt hat, einer besondern Erörterung nicht.

6) Die achte Beschwerde kann lediglich zu einer Erläuterung Anlaß geben.

Diesemnach wird, unter Verwerfung der Appellation der Klägerin, dagegen mit Rücksicht auf die Appellation der Beklagten, das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 11. Juni 1856 dahin abgeändert:

1) Klägerin ist schuldig, innerhalb einer von dem Stadtgerichte zu bestimmenden Frist Caution der Kosten wegen im Betrage von 150 fl. durch Bürgen oder Pfand zu leisten, bei Vermeidung der Abweisung angebrachtermaaßen und der Verfällung in die Kosten.

2) Klägerin ist mit dem Antrage auf Auszahlung der Zinsen ab und zur Ruhe verwiesen, auch schuldig, den Beklagten die dadurch in erster Instanz entstandenen Kosten zu erstatten.

B) Die Kosten gegenwärtiger Instanz werden zu ⅓ compensirt, während ⅔ derselben von der Klägerin den Beklagten zu erstatten sind.

C. — — — — — — — — — — — — — — — —

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 23. Januar 1858.

Auf Appellation des Klägers.

Erkannt:

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Appellations-Gerichts der freien Stadt Frankfurt vom 15. September 1856 zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch dahin abzuändern,

daß von einer Cautionsleistung der implorantischen Parthei für die Kosten des durch den Antrag [12] der Stadtgerichts-Acten veranlaßten Incidentverfahrens, nunmehr überhaupt abzusehen, auch die Kosten voriger Instanz durchgängig zu compensiren seien.

Der Implorant wird in ⅚ der Kosten gegenwärtiger Instanz verurtheilt, während ⅙ derselben compensirt wird, und wird die Sache nunmehr an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

A. Die erste Beschwerde des klägerischen Curators ist eine Wiederholung seiner Beschwerde voriger Instanz, und theils dahin gerichtet, daß er mit seinem neben der Hauptklage gestellten Antrage auf vorläufige Verurtheilung der Beklagten zur Zahlung von Zinsen ab- und zur Ruhe gewiesen und in die Kosten verurtheilt worden, theils dahin, daß seinem Antrage auf einen von den Beklagten abzuleistenden Calumnieneid keine Folge gegeben worden sei.

So viel nun

I. den ersten Theil der Beschwerde betrifft, so ist in beiden vorigen Instanzen die gedachte Imploration auf Grund einer peremtorischen Einrede abgewiesen worden, während die vorgeschützten dilatorischen Einreden — abgesehen von der die Caution für die Prozeßkosten betreffenden, welche den Gegenstand der nunmehrigen zweiten Beschwerde bildet — entweder als unbegründet oder doch für das vorliegende Incidentverfahren als nicht berücksichtigungswerth erachtet worden sind.

1) Auf eine vorgängige Prüfung dieser dilatorischen Einreden einzugehen, lag gegenwärtig kein Anlaß vor, da das vorige Erkenntniß in der Hauptsache bestätigt werden mußte, die Imploraten aber in jetziger Instanz nur für den entgegengesetzten Fall ein Zurückgehen auf die dilatorischen Einreden beantragt haben. Eine Ausnahme hiervon macht nur die Einrede der mangelnden Prozeßlegitimation, weil durch sie der Rechtsbestand des Verfahrens in Frage gestellt werden könnte.

Die Ausstellungen der Imploraten gegen die Prozeßlegitimation des klägerischen Curators mußten jedoch sämmtlich für unbegründet erachtet werden. Der Beschluß des Bezirksraths zu Zürich vom 6. September 1855, wodurch Dr. Maas zum außerordentlichen Vormund der Eleonore Hintermeister zum Zweck der Prozeßführung gegen die Familie des Dr. H. ernannt wurde, ist im Original zu den Stadtgerichtsacten [10] gebracht worden. Die Erfordernisse und Wirkungen einer Vormundschaftsbestellung können im Allgemeinen nur nach den Gesetzen am Wohnorte des Mündels

beurtheilt werden. Nun ist es unbestritten, auch nach § 320, 353 und 369 des privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich außer Zweifel, daß im gedachten Kanton der Bezirksrath die zur definitiven Ernennung von Vormündern competente Obervormundschafts-Behörde bildet. Ebenso unzweifelhaft ist es nach § 318 des genannten Gesetzbuches, daß für besondere Fälle oder Geschäfte, also auch zu einer Prozeßführung, ein außerordentlicher Vormund (curator ad hoc) neben dem ordentlichen bestellt werden kann. Hierdurch erledigt sich von selbst der Einwand der Imploraten, daß die klägerische Curandin mit einem ordentlichen Vormund (Klöti) versehen sei, auch die Mutter derselben vormundschaftliche Rechte anzusprechen habe. Wenn sie aber hauptsächlich erinnern, es sei nicht nachgewiesen, daß Dr. Maas als Vormund verpflichtet sei, so steht ihnen der Inhalt obigen Gesetzbuches entgegen, welches von einem besonderen Verpflichtungsact (einer Beeidigung) bei Bestellung der Vormünder nichts erwähnt, vielmehr im § 370 ausdrücklich erklärt, durch die Ernennungsurkunde erhalte der Vormund das Recht und die Pflicht zur Ausübung seiner Stelle. Der weitere Einwand, daß nach § 372 und 374 des Gesetzbuches die Ertheilung einer Prozeßvollmacht der waisenamtlichen und für Prozeßführung in höherer Instanz der bezirksräthlichen Genehmigung bedürfe, erledigt sich dadurch, daß hier gerade zum Zweck einer bestimmten Prozeßführung ein außerordentlicher Vormund ernannt, eben damit also die bezirksräthliche Genehmigung schon ertheilt ist. Die fernere Ausstellung, daß die ertheilte Bevollmächtigung zu allgemein gefaßt sei und den Erfordernissen einer Prozeßvollmacht nicht entspreche, ist unbegründet, da dem Dr. Maas, dem Obigen zufolge, hier die Eigenschaft eines wirklichen Vormundes, nicht eines bloßen Anwaltes, zukommt, die Erfordernisse einer Prozeßvollmacht also gar nicht in Frage stehen, und da derselbe unbeschränkt zu allen im Interesse der Curandin gegen die Familie des Dr. H. zu führenden Prozessen ermächtigt worden ist, es also einer speciellen Bezeichnung jeder einzelnen Klagsache nicht bedurfte. Der Einwand, daß dem Dr. Maas eine Bevollmächtigung von Seiten der Mutter seiner Curandin fehle, ist unerheblich, da Dr. Maas zur Zeit nur Rechte seiner Curandin, nicht auch ihrer Mutter, verfolgt hat.

Die Erinnerung endlich, daß in [10] die Familie des Dr. phil. (statt Dr. med.) H. von Frankfurt als Gegenparthei bezeichnet, sei — ungeeigneter Weise als Einrede der mangelnden Passivlegitimation zum Prozeß aufgeführt ist — gleichfalls unerheblich, da allen Umständen nach über die Identität des Dr. med. H. als mittelbaren Erblassers der Imploraten, kein Zweifel entstehen konnte, noch entstanden ist.

2) In der Hauptsache mußte, wie bereits bemerkt, eine Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses erfolgen. Die in Frage stehende Imploration auf Zahlung der in dem Vergleich vom 6. Mai 1853 versprochenen Zinsen von 9000 fl. gerichtet, kann nicht als eine selbstständige Klage aufgefaßt werden, sondern nur als ein dem Hauptprozeß angehöriger Incident-Antrag auf Erlaß einer provisorischen Verfügung, welcher in Gemäßheit des letzten Absatzes in Art. 10 der provis. Prozeß-Ordn. zur summarischen Verhandlung an die Gerichts-Commission zu verweisen war. Um als selbstständige Klage zu gelten, fehlt es offenbar an der erforderlichen factischen Begründung, und der klägerische Curator hat auch überdieß nach Stellung seiner auf die Zinszahlung gerichteten Bitte ausdrücklich erklärt, daß es sich hier um provisorische Maaßnahmen handle. Zwar bildet der Vergleich vom 6. Mai 1853 nicht das Fundament der Hauptklage, vielmehr wird derselbe hier als verletzend für die klägerische Curandin angefochten. Allein das in dem Vergleich ausgesetzte Capital von 10,000 fl. (durch Zahlung von 1000 fl. auf 9000 fl. gemindert) war, wie der Vertragsinhalt ergibt, eine Abfindung für diejenigen Erbansprüche der klägerischen Curandin, welche nunmehr in erweitertem Maaße durch die Hauptklage geltend gemacht worden sind. Der Zusammenhang ist daher, wie der klägerische Curator schon in der Imploration und später wiederholt hervorgehoben hat, der, daß jene Abfindung als ein zu Gunsten der Curandin bereits feststehendes Minimum ihrer Erbansprüche angesehen wurde, in dessen Genuß sie einstweilen zu setzen sei, während die gesammten Erbansprüche im vollen Umfange durch die Hauptklage weiter verfolgt werden sollten, nach welcher Auffassung die geforderten Zinsen das Surrogat für die Nutzung eines Theiles der streitigen Erbschaft bilden würden.

Zur Rechtfertigung des erbetenen Provisoriums sind zwei Gründe geltend gemacht worden, einmal: der Vergleich vom 6. Mai 1853 und dessen begonnene Vollziehung begründe für die klägerische Curandin einen Besitzstand, in welchem sie einstweilen geschützt werden müsse; sodann: bis zum Betrag des ausgesetzten Capitals seien die Erbansprüche der Curandin durch den Vergleich bereits unbestreitbar festgestellt, also mit andern Worten: die partielle Liquidität des Hauptanspruches. Der klägerische Curator hat zwar schon in der Imploration und später wiederholt auch der Begünstigung von Alimenten-Ansprüchen gedacht, jedoch überall nur in Beziehung auf die aus dem Vergleiche hergeleiteten Rechte, indem geltend gemacht wird, daß die versprochenen Zinsen zum Unterhalt der Curandin (und ihrer Mutter) bestimmt seien. Dagegen ist ein selbstständiger Anspruch darauf, daß der Curandin aus der streitigen Erbschaft, auch ganz abgesehen von dem Vergleich, vorläufige Alimente zu bewilligen seien, nirgends erhoben worden und war daher nicht Gegenstand der Beurtheilung.

Die geltend gemachten Gründe stellen sich jedoch beide als unhaltbar dar.

a) Der erste Grund bedarf keiner eingehenden Widerlegung, da das durch den Vergleich vom 6. Mai 1853 begründete Rechtsverhältniß, wenn auch auf Abfindung von Erbansprüchen gerichtet, ein rein obligatorisches ist, ein solches aber nach gemeinem, in Frankfurt nicht abgeändertem Recht, überhaupt nicht Gegenstand eines Besitzes sein kann.

b) Was den zweiten Grund betrifft, so kann von einer Liquidität des erhobenen Zinsanspruches den mitbeklagten H.'schen Kindern gegenüber schon deßhalb keine Rede sein, weil sie den Vergleich vom 6. Mai 1853 nicht mit unterschrieben haben, für die Behauptung des klägerischen Curators, daß sie denselben vor oder nach dem Abschluß genehmigt hätten, zur Zeit nicht das mindeste Beweismoment beigebracht ist, und auch die weitere Behauptung, daß die Wittwe H. als Statutarerbin selbst ohne Auftrag zum Abschluß des Vergleiches für ihre Kinder ermächtigt gewesen sei, sowohl in factischer als rechtlicher Beziehung von den Beklagten bestritten worden ist. Ebenso leuchtet der Mangel der Liquidität von selbst ein, sofern der

Anspruch auf den ganzen Betrag der in dem Vergleich versprochenen Zinsen gerichtet ist, da der Vergleich die Zinsen nicht bloß zum Unterhalt der Curandin, sondern auch zum Unterhalt ihrer Mutter bestimmt und außerdem ausdrücklich festsetzt, daß die Hälfte des Capitals von 9000 fl. der lebenslänglichen Nutznießung der Mutter unterworfen sein soll. Die klägerische Curandin würde daher jedenfalls nicht mehr als die Hälfte der Zinsen für sich einfordern können.

Aber auch dem Anspruch auf diesen geminderten Betrag und der Wittwe H. gegenüber steht entscheidend entgegen, daß der ganze Vergleich für die klägerische Curandin mindestens zur Zeit noch gar nicht zur Perfection gelangt ist. Die Mutter der Curandin hat am Schluß des Vergleichs sowohl für sich, als Namens ihrer Tochter, ausdrücklich auf alle weiteren Ansprüche an den Nachlaß des Dr. med. H. und dessen Erben verzichtet, dieser Verzicht ist als Gegenleistung für die vorangehenden Versprechungen der Wittwe H. bezeichnet, und bekundet eben dadurch die Eigenschaft des abgeschlossenen Vertrages als eines Vergleichs. Die Wirksamkeit der Zusagen der Wittwe H. steht also in unzertrennlichem Zusammenhang mit dem erklärten Verzicht und hat die Aufrechthaltung des Letzteren zur nothwendigen Voraussetzung. Nun gehen zwar die beiden vorigen Erkenntnisse zu weit, wenn sie aussprechen, die Verpflichtung der Wittwe H. habe sich durch Anstellung der auf die erweiterten Erbansprüche der klägerischen Curandin gerichtete Hauptklage aufgelöst. Ob durch die Anstellung dieser Klage, also schon durch den Versuch, dem Verzicht zuwider die unbeschränkten Erbansprüche geltend zu machen, alle aus dem Vergleich für die klägerische Curandin herzuleitenden Rechte verloren seien, oder ob sie bei unbefriedigend ausfallendem Versuche auf den Vergleich zurückkommen dürfe, ist eine Frage, welche im gegenwärtigen Verfahren gar nicht zur Entscheidung steht, und welcher daher nicht präjudicirt werden darf. Die Lage der Sache ist vielmehr die, daß, da der Vergleich nur von der Mutter der Curandin, zwar mit im Namen der Letzteren, jedoch ohne Legitimation, abgeschlossen worden ist, für die Curandin durch denselben weder Rechte noch Pflichten begründet werden konnten, so lange der Vergleich nicht von dem Vormund der Curan-

din genehmigt wurde, wobei es dahin gestellt bleiben kann, ob außerdem noch eine Bestätigung der Obervormundschaft hinzukommen müßte oder nicht. Die Genehmigung des Vormundes kann aber bei der hervorgehobenen Zusammengehörigkeit der beiderseitigen Concessionen selbstverständlich nur im Ganzen ertheilt oder verweigert werden. Da nun der ganze Vergleich von dem Vormund bisher nicht genehmigt worden ist, die angestellte Hauptklage vielmehr mit dem im Vergleich erklärten Verzicht in Widerspruch steht, so kann die Curandin mindestens so lange, als nicht die jetzige Hauptklage erledigt ist, aus demselben keine Rechte irgend einer Art gegen die Wittwe H. für sich ableiten. Die Gründe, aus denen der klägerische Curator dieß dennoch annehmen zu können glaubt,

1) im Eingange des Vergleichs sei ganz unabhängig von dem fraglichen Verzicht ein Erbrecht der klägerischen Curandin jedenfalls anerkannt;

2) die Wittwe H. habe durch ihr unmotivirtes Vorgehen die Erfüllung der stipulirten Bedingung (des Verzichts) selbst verhindert;

3) der von der Mutter der Curandin geleistete Verzicht könne nur der Ersteren aber nicht der Curandin entgegengesetzt werden;

4) der Verzicht auf die Erbrechte der Curandin habe die Befugnisse der Mutter überschritten;

5) für die Wittwe H. würden durch den Vergleich nur Pflichten aber keine Rechte gegen die Curandin begründet, da sie wissentlich mit einem Mündel contrahirt habe;

finden im Allgemeinen schon in dem Vorstehenden ihre Widerlegung von selbst, und es bedarf nur noch der Bemerkung, daß zu 1) die hervorgehobene Anerkennung nur das Motiv für die folgenden Zusagen der Wittwe H. bildete, diese Zusagen selbst aber ihrem ganzen Umfange nach durch die Gegenleistung des Verzichts bedingt wurden, und daß zu 5) der vorliegende Fall mit demjenigen, wenn mit einem Mündel persönlich ohne Zuziehung des Vormundes contrahirt worden ist, gar nicht verglichen werden kann.

II. Was den zweiten Theil der ersten Beschwerde, den Antrag auf einen Calumnieneid der Imploraten betrifft, so stellt sich

dieses Verlangen bei der Verwerflichkeit der Imploration als unbegründet dar.

B. Die zweite Beschwerde ist gegen die der Implorantin in der Sententia a qua auferlegte Caution wegen der Prozeßkosten und auf Wiederherstellung der vom Stadtgericht erkannten juratorischen Cautionsleistung gerichtet.

Diese Beschwerde war für begründet zu achten, und zwar schon deßhalb, weil nach der obigen Auseinandersetzung die vorliegende Imploration gar keine selbstständige Klage, sondern nur einen dem Hauptprozeß angehörigen Incident-Antrag bildet, für einen solchen aber keine eigene Caution wegen der Prozeßkosten gefordert werden darf, vielmehr die in der Hauptsache zu leistende Caution sich von selbst mit auf jedes dazu gehörige Incidentverfahren erstreckt. Durch Auferlegung einer juratorischen Caution war daher vom Stadtgericht schon zu günstig für die Imploraten erkannt.

Aber auch abgesehen davon wäre wenigstens dem Antrage des klägerischen Curators auf Befreiung von reeller Caution zu entsprechen gewesen, da von den Heimathsbehörden der Curandin bezeugt ist, daß sie gänzlich vermögenslos sei, und dieses Zeugniß durch die Aeußerung des Bezirksrathes zu Zürich in dem Ernennungsdecrete des Dr. Maas nicht widerlegt wird, indem diese Aeußerung dahin verstanden werden kann, daß nur die Person bezeichnet werden sollte, an welche sich Dr. Maas wegen seiner Deserviten und Auslagen zu halten haben werde, jedenfalls aber doch nicht schließen läßt, daß die klägerische Curandin so viel Vermögen besitze, um auch der Gegenparthei Ersatz für etwa aufgewendete Prozeßkosten leisten und deßhalb eine Caution bestellen zu können.

Da übrigens durch die in der Hauptsache ad grav. I. ergangene Entscheidung das in Frage stehende Incidentverfahren gänzlich beendigt ist, so mußte nunmehr der Antrag der Imploraten auf eine der Kosten dieses Verfahrens wegen zu bestellende Caution überhaupt für erledigt angesehen werden, da die Caution nur Sicherung wegen künftig aufzuwendender Kosten bezwecken kann.

C. Die dritte gegen Verurtheilung der Implorantin in ²/₃ der Kosten voriger Instanz gerichtete Beschwerde stellte sich in soweit als begründet dar, daß die Kosten voriger Instanz durch-

gängig compensirt werden mußten, da die von den Imploraten dort aufgestellten acht Beschwerden nur zu einem geringen Theil und nur in untergeordneten Punkten Berücksichtigung gefunden haben, die beiderseitigen Appellationen daher in wesentlich gleichem Maaße in Anschlag zu bringen waren.

Die Kosten jetziger Instanz mußten bei der überwiegend bestätigenden Beschaffenheit der nunmehrigen Entscheidung zu $^5/_6$ der Implorantin zur Last gelegt werden.

147.

Eduard Wilke, Kläger gegen Dr. **Großmann** zu Wiesbaden, als Curator des geisteskranken **Eduard Werner** aus Geisenheim, Beklagten, wegen Forderung.

Auszug aus dem Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 18. Mai 1857.

In Erwägung, — — — —

7) daß der beklagte Curator der Verfügung vom 13. Februar (Anerkennung der Aechtheit eines vorgelegten Schuldscheins seines Curanden oder eidliche Diffitirung desselben) in allen Stücken nachzukommen verpflichtet war;

8) daß er dieß aber in der Vernehmlassung in Betreff des Diffessionseides keineswegs that, indem sein eventuelles Erbieten hierzu nur in einer durchaus unzureichenden und ungesetzlichen Form geschah;

9) daß demnach der Schuldschein für anerkannt und Klägers Forderung von 800 fl. an den Curanden für Essen, Wohnung und Wein für bewiesen zu erachten ist

— — — — — — — — — — — — — — — — — —

wird zu Recht erkannt:

I. — — — — — — — — — — — — — — — —

II. beklagter Curator ist verurtheilt, dem Kläger 820 fl. sammt Zinsen und Kosten zu bezahlen, er wollte und könnte denn die geschehene Zahlung, vorbehaltlich des Gegenbeweises, darthun.

Urtheil des Appellationsgerichts

vom 17. August 1857.

Auf Appellation des Beklagten.

In Erwägung daß

1) — — — — — — — — — — — — — — — —

2) Die zweite Beschwerde anlangend, der Vertreter einer bevor-

mundeten Person, welcher sich unter dem mit Decret vom 13. Febr. 1857 angedrohten Rechtsnachtheile über die Unterschrift seines Curanden zu erklären hat, der ihm obliegenden Pflicht genügt, wenn er sich zur eidlichen Versicherung des Nichtwissens resp. Nichtglaubens erbietet.

Vergl. die Entscheidungsgründe in den Frankfurter Rechtssachen:

Rothschild ca. Gast d. a. 1840.
Aron ca. Dietz Masse d. a. 1852.
Wiesenburg ca. Lomme d. a. 1853.

Der beklagte Werner'sche Curator zwar zunächst den Beweis der Aechtheit der Urkunde, welche derselbe in Abrede stellt, vom Kläger verlangt, zugleich aber eventuell erklärt:

er könne sich nicht zum Diffessionseide nach eigenem Wissen erbieten, der Eid sei dahin auszuschwören, daß der Curator die Unterschrift nicht kenne, daher nicht für ächt halten könne;

diese Erklärung aber in dem vorliegenden Falle als ein nothdürftig genügendes Erbieten zum Eide über Nichtwissen und Nichtglauben nach Lage der Acten zu erachten ist.

Dem Beklagten daher der Diffessionseid über Nichtwissen und Nichtglauben aufzuerlegen sein würde, wenn sich nicht der Kläger für einen solchen Fall bereits eventuell zum Aechtheitsbeweise erboten hätte, sonach dieser zweiten Beschwerde des Beklagten gemäß zu erkennen ist,

wird unter theilweiser Abänderung des stadtgerichtlichen Bescheids vom 18. Mai d. J. zu Recht erkannt:

I. A) Kläger hat binnen 14 Tagen zu beweisen: — — — —
1) — — — — — — — — — — — — — —
2) daß die Unterschrift auf der Schuldurkunde von dem Curanden des Beklagten herrühret, — — — —

Auf Appellation des Klägers wurde das Erkenntniß des Appellationsgerichts durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 23. Januar 1858, unter Verfällung des Klägers in die Kosten dieser Instanz, bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Der Kläger verlangt, daß das Appellationsgerichts-Erkenntniß vom 17. August 1857, welches ihm den Beweis auferlegt, die Unterschrift auf der Urkunde rühre von dem Curanden des Beklagten her, aufgehoben, und das Urtheil des Stadtgerichts vom 18. Mai desselben Jahres, welches jene Unterschrift wegen Ungehorsams des Beklagten als ächt anerkannt hat, hergestellt werde. Diesem Verlangen konnte jedoch nicht entsprochen werden. Zwar ist es richtig, wenn der Kläger ausführt, daß die von dem beklagten Curator in erster Instanz für sein Verlangen, daß das ihm angedrohte Präjudiz, die in Rede stehende Unterschrift anzuerkennen, oder eidlich abzuläugnen, zurückgenommen werde, angeführten Gründe unhaltbar sind. Ein Curator hat binnen Jahresfrist der Regel nach hinlängliche Zeit, sich über die Schriftzüge seines Curanden die erforderliche Kunde zu verschaffen. Auch ist der Umstand, daß der Curande in einer Irrenanstalt sich befindet, für sich allein, da die Grade des Irrseins sehr mannigfach sind, noch keineswegs ausreichend, um zu der bestimmten Annahme zu führen, es habe dem Curator die Möglichkeit gefehlt, bei seinem Curanden Erkundigungen einzuziehen. Es war daher kein materieller Grund vorhanden, das dem beklagtischen Curator am 13. Februar 1857 angedrohte Präjudiz zurückzuziehen, ihn mit einer Erklärung über die gedachte Urkunde zu verschonen und seinem Gegner den Beweis aufzuerlegen, die Urkunde rühre von dem Curanden des Beklagten her. Ein solches Verfahren würde vielmehr nur dann gerechtfertigt gewesen sein, wenn der Beklagte nachgewiesen hätte, es sei ihm unmöglich gewesen, von der Handschrift seines Curanden irgend welche Kunde zu erlangen, — ein Nachweis, welcher nicht einmal versucht worden ist. War demnach das von dem Curator gestellte Verlangen zu verwerfen, so mußte nunmehr die eventuelle Erklärung des beklagten Curators einer richterlichen Prüfung unterzogen werden. Sie geht in Verbindung mit dem Vorstehenden dahin, er stelle die Aechtheit der Unterschrift in Abrede und würde eventuell nur schwören müssen, daß er dieselbe

nicht kenne und daher nicht für ächt halten könne. — Das Stadtgericht hat eine solche Erklärung als unzureichend und ungesetzlich charakterisirt, und es läßt sich nicht in Abrede stellen, daß ein deutliches Erbieten zur Ableistung des Diffessionseides darin ebenso wenig enthalten ist, wie das deutliche Erbieten zur Ableistung in derjenigen Form, in welcher ein Curator denselben schwören muß, nämlich als Glaubenseid.

Frankf. S. Aron ca. Dietz'sche Debitmasse, Decbr. 1852.*)

Erwägt man indessen, daß in dem „müssen" zugleich liegen kann, man wolle sich diesem „müssen" unterwerfen, mithin man erbiete sich zur Ableistung des Eides und ebenso, daß der Richter verpflichtet ist, einer von der Parthei beantragten unrichtigen Eidesform die richtige zu substituiren, und darin, daß eine Parthei sich hierin vergriffen hat, ein Ungehorsam noch nicht gefunden werden kann, so hätte dem Beklagten zunächst die Ableistung des Diffessionseides in der richtigen Form auferlegt werden müssen. Es fragt sich daher ferner, ob das Erbieten des Klägers in der Replikenschrift, den Diffessionseid durch Aechtheitsbeweis abwenden zu wollen, auch auf den Fall zu beziehen sei, wenn jener in der richtigen Form zuerkannt sein würde. Den Worten nach bezieht sich das Erbieten nicht auf die richtige, sondern auf die von dem beklagten Curator verlangte Form des Eides. Es war jedoch dessen ungeachtet das Erbieten auch für den ersten Fall als geschehen anzunehmen. Der Kläger hat nämlich in der Rechtfertigung seiner Beschwerde in jetziger Instanz nur ausgeführt, die Ansicht des Stadtgerichtes sei richtig und dessen Erkenntniß wieder herzustellen, mit keinem Worte aber, ungeachtet des Umstandes, daß das Appellationsgericht ausgesprochen hatte, Kläger habe für den Fall eines aufzuerlegenden Glaubenseides sich zum Aechtheitsbeweis erboten, eventuell hervorgehoben, daß er zunächst die Auflegung des Diffessionseides in der richtigen Form verlange und seine weitere Erklärung sich je nach dem Verhalten seines Gegners vorbehalte. Wollte man nun auch das Letztere als ein Minus in der aufgestellten Beschwerde finden, so mußte doch der Umstand zu einer Bestätigung des vorigen Urtheils führen, daß dem Kläger durch solches in seinen Befugnissen nichts aberkannt ist.

*) Siehe Seite 18.

Es steht nämlich, im Fall eines stattgehabten Erbietens zum Aechtheitsbeweis der Unterschrift auf einer Urkunde, Zwecks Abwendung des Diffessionseides, dem Beweisführer selbst nach mißlungenem Beweise immer noch frei, auf den Diffessionseid seines Gegners zurückzukommen.

Ortloff, jurist. Abhandl., Jena 1847, Band I. S. 74 und 75.

Sollte daher der Kläger nicht geneigt sein, den ihm vom Appellationsgericht auferlegten Beweis zu führen, so bleibt es ihm unbenommen, von seinem Gegner die Eidesleistung in der Form eines Glaubenseides annoch zu verlangen, und für dessen Formulirung die in seiner Appellationsschrift jetziger Instanz vorgebrachten Gründe bei dem Stadtgerichte geltend zu machen.

Die Kosten gegenwärtiger Instanz waren, mit Ausnahme der dem Beklagten bereits auferlegten Kosten seines Ungehorsams, von dem Kläger zu tragen, da seine Beschwerde verworfen werden mußte.

Auszug aus den Seite 17 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

Aron ca. Dietz'sche Nachlaß-Debitmasse 1852.

Die Verpflichtung eines schreibunfähigen Unterzeichners einer Urkunde, sein in Kreuzen bestehendes Handzeichen anzuerkennen oder eidlich abzuläugnen, mußte als rechtsbegründet betrachtet werden. Denn wenngleich Kreuze in der Regel nicht so charakteristische Kennzeichen an sich tragen, wie eine Namensunterschrift, so steht doch nicht das in Frage, ob der Unterzeichner gewisse ihm vorgelegte Kreuze geschrieben, sondern ob er dieselben unter eine ihm vorgelegte Urkunde von einem gewissen Inhalt gesetzt habe, und diesen Thatumstand kann er ebenso gut wissen, wie derjenige, welcher seinen Namen unter eine Urkunde geschrieben hat, das Letztere. Hiernach ist auch die Verpflichtung eines Contradictors, da er jedenfalls zu den Personen gehört, welche Handlungen des Cridars zu vertreten haben, eine von Diesem unterkreuzte Urkunde anzuerkennen oder in betreffender Unterkreuzung sein Nichtwissen oder Nichtglauben eidlich zu erhärten, anzunehmen.

148.

W. N. zu Frankfurt, Implorant zur Sache Dr. **Brotbeck** zu Eßlingen, Kläger gegen **W. N.** zu Frankfurt, Beklagten, Betrugsklage, jetzt Vollstreckung des Erkenntnisses der königl. würtembergischen Gerichte betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 5. November 1856.

In Erwägung:

1) daß nach Inhalt des Ersuchschreibens des königl. württemb. Stadtgerichts der Residenzstadt Stuttgart vom 30. September 1856 das württembergsche Executionsgesetz vom 25. April 1825 in Art. 7 vorschreibt:

> Rechtskräftige Urtheile ausländischer Gerichtsstellen sind, wenn die Zuständigkeit des erkennenden Gerichts in dem einzelnen Falle außer Zweifel ist, von Unseren Gerichten unter Voraussetzung der Reciprocität zu vollstrecken.

2) daß in vorliegendem Falle des in Sachen des Dr. med. Brotbeck zu Eßlingen, Klägers gegen den Handelsmann N. dahier, Beklagten, Betrugsklage betreffend, von den königlich württembergischen Gerichten erlassene Erkenntniß die Rechtskraft beschritten hat,

3) daß sich die königlich württembergischen Gerichte in dieser Sache als forum delicti für zuständig erachtet haben,

4) daß auch in der Rechtsprechung der diesseitigen Gerichte das forum delicti ohne Anwesenheit des Beklagten und ohne Güterbesitz desselben für begründet gilt,

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands vom 19. April 1845 in Sachen Fresenius ca. Herff.

Seuffert, Archiv, Bd. 4, S. 425.

5) daß das obige Ersuchschreiben die Reciprocität in ähnlichen Fällen ausdrücklich zugesichert,

6) daß zwar die von R. hervorgehobene Weigerung des Civilsenats des königlich württembergischen Obertribunals zu Stuttgart, die gegen den dortigen Massepfleger in der Nachlaßsache des verstorbenen Herrn Herzogs Adam von Württemberg rechtskräftig erkannte Ablieferung der dortigen Activen an das hiesige Concursgericht zu vollziehen, nicht in Betracht kommt, da hier die Universalität des Concurses nicht in Frage steht, jedoch die Zusicherung der Reciprocität von Seiten des Stadtgerichts zu Stuttgart für sich allein als ausreichend nicht erachtet werden kann, da im Jahre 1846 auf Ersuchen des diesseitigen Stadtamtes um Executionsvollzug in Sachen des Gastwirths H. Heurich dahier, Klägers gegen den Steinhauergesellen Carl Fecht aus Heilbronn, Beklagten, Forderung für Kost und Wohnung betreffend, der Vollzug diesseitiger Erkenntnisse aus dem Grunde, weil zwischen dem Königreich Württemberg und der Stadt Frankfurt ein Jurisdictionsvertrag nicht bestehe, unbedingt abgelehnt worden ist, ist der Beschluß:

1) Es soll die Execution gegen Handelsmann Wilhelm R. verfügt werden, insofern vorderfamst eine die königlich württembergischen Gerichte bindende Zusicherung der Reciprocität anher ertheilt sein wird.

2) Dieser Beschluß ist dem Handelsmann W. R., sowie dem königlich württembergischen Stadtgericht der Residenzstadt Stuttgart in Beantwortung des Ersuchsschreibens vom 30. September 1856 mitzutheilen und zwar dem letzteren unter Anfügung einer Abschrift des Schreibens des königlich württembergischen Oberamtsgerichts Weinsberg vom 16. März 1846 aus den Stadtamtsacten Heurich und Fecht.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 17. December 1856.

Auf Appellation des Imploranten.

In Erwägung:

1) daß die Gründe, worauf die stadtgerichtliche Verfügung vom 5. November l. J. insbesondere, bezüglich der Zuständigkeit des requi-

rirenden Gerichts beruht, durch das, was der Appellant dagegen vorgebracht hat, nicht entkräftet werden.

2) daß eine Cognition über die Richtigkeit der zu vollziehenden Entscheidung dem requirirten Richter nicht zukommt, während

3) es sich von selbst versteht, daß die von dem Stadtgericht geforderte Zusicherung der Reciprocität durch eine von Seiten der höchsten königlich württembergischen Staatsbehörde abzugebende und für bindend und ausreichend erachtet werdende Erklärung zu ertheilen ist,

wird mit dieser Erläuterung die erhobene Berufung abgeschlagen.

II. Das Stadtgericht hat dem Stadtgerichte zu Stuttgart das gegenwärtige Erkenntniß abschriftlich mitzutheilen, auch demnächst von der endlichen Erledigung des vorliegenden Jurisdictionsconflicts dem hiesigen Stadt-Amte, mit besonderer Bezugnahme auf die Sache Heurich und Fecht de 1846, Kenntniß zu geben.

Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation des Imploranten durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 30. Januar 1858 lediglich bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die Formalien des vorliegenden, als Extrajudicial-Appellation zu behandelnden, Rechtsmittels sind zwar insofern in jetziger Instanz nur unvollständig gewahrt, als nicht gleich bei dessen Einlegung, wie Appellant in voriger allerdings gethan hatte, sondern erst in der Justificationsschrift die Beschwerdestellung erfolgt ist. Da indessen nach Lage der Sache und Inhalt der Sententia a qua von vorn herein nicht füglich ein Zweifel darüber obwalten konnte, es werde und wolle Appellant nur seine frühere Beschwerde weiter verfolgen, daß nicht die vom Stadtgericht zu Stuttgart im Wege der Requisition beantragte Vollstreckung des gegen Appellanten in der zwischen ihm und dem Dr. Brotbeck zu Eßlingen vor den königl. württembergischen Gerichten verhandelten Rechtssache ergangenen

verurtheilenden Erkenntnisses Seitens des Frankfurter Stadtgerichts ohne Weiteres und selbst für den Fall abgeschlagen worden sei, wenn königl. württembergischer Seits in zureichender, durch die Sententia a qua überdieß zu Appellantens Gunsten näher bestimmter Weise eine Reciprocitätszusage erfolgen würde, so durfte von obigem formellem Mangel der Appellation in Uebereinstimmung mit der in diesem Punkte früher schon vom Ober-Appellationsgerichte zur Anwendung gebrachten Grundsätzen:

Vergl. Blume: O.-A.-Ger.-Ord. § 161, Note b,

um so füglicher abgesehen werden, als ohnehin

B. in der Sache selbst den appellantischen Anträgen keine Folge zu geben stand, vielmehr die Sententia a qua bestätigt werden mußte.

Zwar ist

1) bei wirklich vorhandener Incompetenz desjenigen auswärtigen Gerichts, von welchem zu Vollstreckung eines daselbst gegen Angehörige des requirirten Gerichts ergangenen Urtheils die Rechtshülfe erbeten wurde, Recht und Pflicht zu deren Versagung auf Seiten der letzteren Behörde unzweifelhaft, und ebensowenig unterliegt dieß einem Anstande, daß die Frage, ob das requirirende Gericht für competent oder incompetent zu erachten sei, zu freier Cognition des requirirten Gerichts, und zwar auf Grund der für dasselbe geltenden Gesetze und sonstigen Rechtsnormen stehe.

Vergl. O.-A.-Ger.-Erk. in S. Sim. Neumann ca. Weikersheimer und Cons. v. J. 1850, sub. I. B. 2*).

In Betreff der Frage jedoch, ob bezüglich der mittelst s. g. Betrugsklage gegen Appellanten von Dr. Brotbeck erhobenen und bei dem Stuttgarter Stadtgericht verfolgten Rechtsansprüche letzteres mit Recht als forum delicti commissi für competent sowohl sich selbst erklärt habe, als in höherer Instanz auf deßfallsige Berufung und resp. Nichtigkeitsbeschwerde des Appellanten anerkannt worden sei, stehen

a) alle die Bedenken, welche Letzterer dagegen erhoben hat, daß überhaupt in demjenigen, was er seinerseits gethan zu haben in der

---

*) Siehe Seite 25 bis 28.

von ihm gegebenen (durch die Entscheidungsgründe zu dem die Grundlage der Requisition bildenden Erkenntnisse des königlich württembergischen Ober-Tribunals in einzelnen Punkten bestätigten) Darstellung des Sachverhalts geständig ist, das Delict des Betruges gefunden und Stuttgart zugleich als der Ort erachtet worden sei, wo solches zur Vollendung gekommen, mit den Materalien der hier zur gerichtlichen Contestation gelangten concreten Rechtsverhältnisse zwischen Dr. Brotbeck und dessen Cedenten Geisel & Rettler, zwischen Letzteren und ihrem früheren Associé Schneider, zwischen diesem endlich und Appellanten, in viel zu engem Zusammenhange, als daß es von dem in obiger Rechtssache Simon Neumann Seitens des Ober-Appellationsgerichts anerkannten Principe aus, daß der requirirte Richter die innere Legalität des zur Vollstreckung bestimmten auswärtigen Urtheils nicht zu prüfen habe, sowie bei mangelnder Vorlage der vollständigen in der Sache verhandelten Acten und bei Einseitigkeit der über das Rechtsverhältniß vom Appellanten gegebenen Darstellung zu mißbilligen wäre, wenn die vorderen Richter jene beiden obigen Fragen als außerhalb des Bereichs der ihnen obliegenden Prüfung behandelt haben. Es kann vielmehr

b) nur dieß in Frage kommen, ob auch nach Frankfurter Recht es gerechtfertigt erscheine, daß die königl. württembergischen Gerichte das forum delicti commissi auch bei bürgerlichen Klagen aus unerlaubten, wenn schon nicht strafbaren Handlungen anwendbar erachtet, und die persönliche Anwesenheit des Beklagten innerhalb des Sprengels des betreffenden Gerichts zur Zeit der Klagerhebung und Mittheilung für ein unerläßliches Requisit des gedachten Gerichtsstandes nicht erklärt haben. In dieser doppelten Beziehung aber war, vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus, welches in Ermangelung desfallsiger besonderer Particular-Bestimmungen auch für Frankfurt, gleichwie für Württemberg, allein in Betracht kommt, auf Grund der ganz generellen Vorschriften der

Nov. 69. c. 1,

sowie bezüglich des letzteren Requisits in Anschluß an die bereits früher

O.=A.=Ger.=Erk. in S. Fresenius ca. Herff v. J. 1845*) ausgesprochenen Grundsätze durchaus den vorderen Richtern beizutreten, und diesem Allen nach eine Incompetenz der königl. württembergischen Gerichte nicht als so klar vorliegend anzuerkennen, daß auf Versagung der von denselben in rechtsbehöriger Weise nachgesuchten Rechtshülfe dem Appellanten ein wohlbegründeter Anspruch zur Seite stände.

Wenn aber derselbe zu Justification seiner Beschwerde und Anträge

2) auch noch darauf sich gestützt hat, daß einerseits die von den vorderen Richtern für die Zukunft verlangte und zur Bedingung der hier in Aussicht gestellten Rechtshülfe gemachte allgemeine Reciprocitätszusage abseiten der königl. württembergischen Behörden nach Inhalt der dort geltenden gesetzlichen Bestimmungen und befolgten Grundsätze gar nicht zu erwarten stehe, auch das dermalen zu Frankfurt hinsichtlich der Vollstreckbarkeit auswärtiger Urtheile bestehende Recht weder überhaupt noch vollends mit gleichsam rückwirkender Kraft zum Präjudiz des Appellanten für den vorliegenden Fall zu ändern vermöchte, daß andererseits jedenfalls via retorsionis die Vollstreckung deshalb zu verweigern stehe, weil die königl. württembergischen Gerichte in mehreren Fällen, welche Appellant theils schon in den Verhandlungen, theils in dem nach erfolgtem Actenschlusse eingereichten, formell unbedenklich statthaften Nachtrage zum Libell namhaft gemacht hat, die Seitens der Frankfurter Gerichte erbetene Execution diesseitiger Urtheile versagt hätten, so bedarf es keines näheren Eingehens auf alle diese Punkte und die desfallsigen Argumentationen des appellantischen Sachführers. Denn ganz abgesehen davon, daß die bloß bedingte Zusage der Execution, wenn wirklich die desfallsige Bedingung unerfüllbar wäre, für Appellanten beschwerend überall nicht sein könnte, und daß der dermalen in Bezug auf Vollstreckbarkeit auswärtiger Urtheile zu Frankfurt bestehende Rechtszustand, wie der aus anderen Frankfurter Acten dem Ober=Appellationsgerichte bekannte Rathsschluß vom 12. Octbr. 1816 ergibt, keineswegs auf dem Principe der Nichtbeachtung der=

*) Siehe Seite 28 bis 35.

artiger Requisitionen beruht, kann auch, von wie unzweifelhafter Rechtszulässigkeit immer Retorsions-Maaßregeln unter Umständen sein mögen, weder auf deren Anwendung dem betheiligten Staatsangehörigen ein das Ermessen der Behörden beschränkender Rechtsanspruch zugestanden, noch dem Ober-Appellationsgerichte nach dessen ganzer Stellung und Bestimmung in Bezug auf jene mehr dem Gebiete der Justiz-Administration, als der eigentlichen Judicatur anheimfallende, und wesentlich von Zweckmäßigkeits-Rücksichten abhängige Maaßregel eine mittelst wirklicher Rechtssprüche zu übende, für die betreffenden Localbehörden schlechthin maaßgebende und mit dem Gewichte wahrer Rechtskraft verbundene höhere Cognitions-Befugniß beigelegt worden.

Auszug aus den Seite 22 und 24 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

1) **Neumann** ca. **Weickersheimer & Consorten** 1850.

Es kann in keiner Weise für richtig erachtet werden, wenn die Adcitaten in Uebereinstimmung mit Aeußerungen in den Requisitionsschreiben des Landgerichts Lauf davon ausgehen, den Requisitionen dritter Gerichte müsse immer und ohne Weiteres Folge gegeben werden und dem requirirten Gerichte stehe eine Prüfung der Maaßregeln, zu welchen seine Rechtshülfe verlangt werde, überall nicht zu, es sei vielmehr deren Rechtsbestand allein von dem requirirenden Gerichte zu vertreten, daher auch, so lange kein an sich und offenbar gesetzwidriges Verlangen gestellt werde, dessen Rechtsansicht ebenso entscheidend, als dessen Versicherung genügend, daß die in Frage stehende Maaßregel getroffen werden müsse und dürfe. Diese Ansicht steht nämlich zuvörderst

1) schon mit der Natur der Sache und allgemeinen Rechtsprincipien in Widerspruch, indem das Verhältniß des requirirten Gerichts zu dem requirirenden, abgesehen etwa von dem Falle, wo letzteres jenem unmittelbar vorgesetzt ist, nur von dem Gesichtspunkte eines Mandats aufgefaßt werden kann, nun aber der Mandatar, weil er sich mit der bloßen Berufung auf den ihm ertheilten Auf-

trag von der eigenen Verantwortlichkeit nicht befreien kann, allerdings zu der Prüfung für befugt und selbst für verpflichtet erachtet werden muß, ob denn auch der Mandant einen solchen Auftrag zu ertheilen berechtigt sei.

Mit Unrecht berufen sich ferner die Adcitaten darauf, daß

2) Doctrin und Praxis allgemein und übereinstimmend das Verhältniß der requirirten Gerichte zu den requirirenden in obiger Weise auffasse. Denn wenn auch bei den ihrerseits citirten Schriftstellern

Martin, Lehrbuch des bürgerl. Proz., § 66 und 263,
Linde, Lehrbuch des Civ.-Proz., § 180,
Bayer, Vorträge, 5. Aufl. p. 107,

denen sich unter den neueren Prozessualisten auch noch Andere, z. B.

Heffter, System des Civ.-Proz., § 511,

beifügen ließe, ähnliche Aeußerungen vorkommen, so können doch dieselben, da alle jene Schriftsteller davon ausgehen, daß eine gegenseitige Pflicht zur Leistung der Rechtshülfe nur zwischen den Gerichten desselben Landes bestehe, auf einen Fall, wo, wie hier, die Requisition an ein ausländisches Gericht ergangen ist, überall nicht bezogen werden; vielmehr würden unter solcher Voraussetzung auch jene Schriftsteller die Befugniß zur Prüfung der an ihn ergangenen Requisition dem requirirten Richter um so weniger absprechen können, als sie deren Beachtung oder Hintansetzung ganz in sein Ermessen gestellt wissen wollen. Außerdem aber vertreten sie auch keineswegs in unbedingter Allgemeinheit den Grundsatz, daß sich der requirirte Richter aller eigenen Cognition zu enthalten habe. Einerseits wird auch von ihnen es als eine unerläßliche Bedingung behandelt, daß die Requisition von dem in der Sache competenten Richter ausgegangen sei, mithin nach dieser Seite hin ein Prüfungsrecht des requirirten Richters, als sich von selbst verstehend, erachtet. Andererseits verlangen sie ausdrücklich, daß das Requisitionsschreiben „den Rechtsbestand der Ersuchung" und die „Rechtmäßigkeit der Hülfe" genügend motivire, weil dem requirirten Richter „gesetzwidrige Handlungen," oder solche, welche über seine „Amtsbefugnisse" hinausgehen, vorzunehmen nicht zugemuthet werden könne, und es wäre eine ganz willkührliche Einschränkung, wenn man, wie es bei Adci-

taten der Fall zu sein scheint, das Recht der Weigerung auf den Fall beschränken wollte, wo ein an sich und unter allen Umständen unstatthafter Act und eine außerhalb der Grenzen aller richterlichen Befugniß überhaupt liegende Maaßregel dem requirirten Gerichte angesonnen würde. Unter der Voraussetzung also, daß es an der Competenz des requirirenden Richters fehlt, oder daß die Rechtmäßigkeit derjenigen Procedur, zu welcher des requirirten Gerichtes Hülfe verlangt wird, nach Inhalt der einschlagenden Gesetze und und nach der liquiden Sachlage nicht begründet erscheint, wird der requirirte Richter zu Hintansetzung des gestellten Ersuchens so berechtigt, als verpflichtet sein, wenn er gleich, sobald ein Urtheil in gehöriger Form vorgelegt wird, die innere Legalität desselben nicht weiter zu prüfen hat. Dieß ist denn auch und zwar sogar für Gerichte desselben Landes in

v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört., Bd. IV, Nr. 23,

anerkannt und sowohl durch Urtheilssprüche, als durch schriftstellerische Autoritäten belegt und findet darin noch eine Unterstützung, daß, für den Fall, wo in geistlichen Sachen eine Requisition an ein weltliches Gericht ergeht, diesem, obwohl es doch der objectiven Competenz ganz entbehrt, von

J. H. Böhmer J. E. Protest. II. 27, § 57,

das Recht zur Versagung der Rechtshülfe für den Fall vindicirt wird, daß das zu vollstreckende Urtheil an offenbarer Nullität litte.

Dem abcitatischen Verlangen steht endlich auch

3) ein besonderer bezüglich solcher Requisitionen zwischen Bayern und Frankfurt abgeschlossener Staatsvertrag oder irgend eine direkte Bestimmung des Frankfurter Rechts in keiner Weise zur Seite, und ebenso wenig vermögen sich Abcitaten auf das in dieser Beziehung so erhebliche, auch Seitens der Frankfurter Gerichte stets festgehaltene Reciprocitäts-Princip, d. h. darauf zu berufen, daß in Bayern einer von Frankfurter Gerichten gestellten ähnlichen Requisition unbedingt und ohne alle weitere Prüfung Folge würde gegeben werden. Denn, selbst wo es sich um die Vollstreckung rechtskräftiger Urtheile handelt (vollends also bei Arrestanlagen und ähnlichen Maaßregeln), schärft der

Cod. Bavar. judic. c. 18. § 2 sub 3,

den bayerischen Gerichten für den Fall, daß von ausländischen Obrigkeiten Requisitorialien ergingen, ausdrücklich ein, nicht „ohne vorläufig summarischer Einsicht der Hauptsache selbst" auch „nicht so leichterdings" zu verfahren, sobald der Betheiligte auch nur „mit Wahrscheinlichkeit" sich über „Nullitäten und Ungerechtigkeiten" beschwerte; dieß wird auch nicht bloß in

Wendt, Handbuch des bayerischen Civ.-Proz., Thl. I. § 174 z. E. und Note m.

als das noch geltende Recht dargestellt, sondern auch in

Bender, Lehrbuch des Frankf. Proz. p. 330,

bemerkt, daß Seitens der bayerischen Gerichte auswärtige Requisitionen nur bei nachgesuchter Vermittelung der Appellationsgerichte, auch bloß auf Original-Vorlage eines vollstreckbaren Erkenntnisses und nicht anders, als nach vorgängiger Prüfung der Competenz des requirirenden Gerichts beachtet würden.

2) Fresenius ca. Herff 1845.

Es kommt darauf an, ob die Frankfurter Gerichte sich in dieser Sache mit Recht für incompetent erklärt haben. Dieß muß aber allerdings angenommen werden.

Der Kläger sucht das Forum gegen den Beklagten in Frankfurt auf dreifache Weise zu begründen, nämlich:

A. aus dem Gesichtspunkte der Prorogation,

B. weil in Frankfurt das Forum domicilii des Beklagten, und endlich

C. weil daselbst jedenfalls ein Forum delicti commissi sive contractae obligationis anzunehmen sei.

Allein wenn auch

ad A. eine wirkliche Prorogation beider streitenden Theile auf die Frankfurter Gerichte vorgelegen hätte, wie gleichwohl nicht der Fall ist, so würden diese doch nicht verpflichtet gewesen sein, sich dieselbe gefallen zu lassen, sondern es würde immer noch von ihrer Willkühr abgehangen haben, ob sie sich der Entscheidung der Sache hätten unterziehen wollen oder nicht, indem der fremde Richter nicht

wider seinen Willen gezwungen werden kann, den ihm nicht unterworfenen Partheien Recht zu sprechen.

Vergl. R. A. von 1594 § 65.

Lauterbach ꝛc. Lib. II. Tit. I. § 29 in fin.
Bach, Diff. de prorog. jurisd. p. 44.
Glück, Erläut. der Pand., Bd. III. § 203 S. 182.
Thibaut, System ꝛc., (ed. 2) § 1085 a. E.
Martin, Lehrbuch ꝛc., (ed. 10) § 60.
Linde, Lehrbuch ꝛc., (ed. 5) § 101 S. 126.
Bethmann-Holweg, Vers. ꝛc., Nr. 1 S. 11 not. 30.

Die L. 2 § 1. D. de judiciis (5. 1) steht dem nicht entgegen, da durch dieselbe nur die Frage entschieden wird, ob die Unkunde des Prätors über das Einverständniß der Partheien und sein Irrthum über seine Jurisdictions-Befugniß dem Rechtsbestande des von ihm wirklich abgegebenen Erkenntnisses schade, wenn nur die Partheien darüber einverstanden gewesen, sich demselben zu unterwerfen, was verneint wird, woraus aber nicht folgt, daß auch der Prätor sich die Prorocation wider seinen Willen hätte müssen gefallen lassen, wenn er nicht in dem gedachten Irrthume befangen gewesen wäre. So ist auch schon früher von dem Ober-Appellationsgerichte erkannt worden. Im vorliegenden Falle ist nun aber nicht einmal, wie schon bemerkt worden, von einem vorausgegangenen Einverständnisse der Partheien die Rede, sondern der Kläger verlangt gewissermaaßen, daß das Stadtgericht den Beklagten durch Mittheilung der Klage hätte auffordern oder doch veranlassen und ihm Gelegenheit geben sollen, die Competenz der Frankfurter Gerichte anzuerkennen, wozu überall keine Verpflichtung existirte.

Ebenso wenig kann

ad B. angenommen werden, daß der Beklagte gegenwärtig ein Forum domicilii in Frankfurt habe. Der Kläger hat es freilich an einer genügenden Angabe der persönlichen Verhältnisse desselben in Mannheim fehlen lassen. Er nennt ihn bloß in dem Rubrum seiner Klage „Magazinier in der Dampfmühle des Baron von Capellen daselbst,“ und führt an, daß er zu Mannheim in Condition stehe, und aus der der Klage beigefügten Correspondenz ersieht

man, daß der Beklagte sich wenigstens schon seit dem 1. März 1841 in Mannheim aufgehalten hat.

Aber auch nur dieß vorausgesetzt, hat der Beklagte gegenwärtig sein forum generale in Mannheim, indem er sich im Dienste bei einem dortigen Fabrikanten befindet, und es eine ausgemachte Regel ist, daß die Personen, welche zu Jemandes Gesinde gehören, in dessen Lohn und Brod stehen, weil sie zu der Familie des Herrn gerechnet werden, während ihrer Dienstzeit den allgemeinen Gerichtsstand desselben theilen.

Voet. comm. ad Pand. lib. V. Tit. 1. § 96.
Glück, a. a. O. § 510 b) S. 244 und 245.
Dorn, Gesinderecht, § 207.
Badisches Landrecht, S. 109.

Selbst als Fremder, der sich nun schon über 4 Jahre in Mannheim aufgehalten hat, kann er daselbst unbedenklich auf die Erfüllung persönlicher Verbindlichkeiten wenigstens dann belangt werden, wenn nicht nachgewiesen wird, daß er anderswo sein Domicil beibehalten habe.

Ein solches will nun freilich der Kläger daraus ableiten, daß der Beklagte der Sohn eines Frankfurter Bürgers sei, indem er ihn im Rubrum der Klage auch als „Bürgerssohn" bezeichnet, und daß nicht zu ersehen sei, daß er dieß in dieser Eigenschaft in Frankfurt erworbene Domicil aufgegeben habe, und überdieß beruft er sich auch auf die in der L. 7. C. de incolis (10. 39) ausgesprochenen Grundsätze.

Allein nicht zu gedenken, daß der Kläger auch das Verhältniß des Beklagten als Bürgerssohn ganz unaufgeklärt gelassen und nicht einmal angegeben hat, ob der Beklagte in Frankfurt geboren und ob der Vater desselben noch am Leben ist, so reicht auch die Qualität eines Bürgerssohns für sich allein nicht hin, gegen den von Frankfurt abwesenden Beklagten ein Forum daselbst zu begründen. Dieser Grundsatz wird nach dem Zeugnisse von

Bender, Lehrbuch des Civ.-Proz. d. fr. St. Frankfurt, § 27, Note 1,

in Frankfurt sogar in Ansehung der Bürger selbst befolgt, wenn sie nicht mehr in Frankfurt wohnen, und muß daher um so mehr in

Ansehung der Söhne Frankfurter Bürger gelten, die als solche noch gar kein selbstständiges Domicil erworben, sondern nur dasjenige ihrer Eltern getheilt haben.

Anlangend aber die L. 7. Cod. cit., so ist dieselbe vielmehr dem Kläger entgegen, als ihm günstig. Denn wenn man die in derselben angegebenen Merkmale auf das Verhältniß des Beklagten anwendet, so ist es von selbst klar, daß man von einem Dienstboten, der den Wohnort seiner Eltern seit mehreren Jahren verlassen und sich bleibend an einem anderen Orte aufgehalten hat, nicht sagen kann, daß er sich fortwährend auf der Reise befinde, und ebenso wenig hat der Kläger Gründe angegeben, weßhalb der Aufenthalt des Beklagten in Mannheim nicht auch ferner als ein bleibender anzusehen sein dürfte.

Demnach bleibt nur noch

ad C. das von dem Kläger auch besonders hervorgehobene forum delicti commissi sive contractæ obligationis übrig, welches in Frankfurt durch die angeblich daselbst stattgehabte Schwängerung der Mutter des klägerischen Pflegekindes und die ebendaselbst erfolgte Geburt des Letzteren begründet sein soll. In dieser Beziehung sind nun aber die mehreren Ansprüche, welche in der Klage cumulirt worden, von einander zu trennen, indem sie einer ganz verschiedenen Beurtheilung unterliegen.

Anlangend zuvörderst:

1) die geforderten Alimente, so ist es ganz unpassend, dabei von einer obligatio ex delicto zu reden, wie auch das Ober-Apellationsgericht schon wiederholt angenommen hat. Denn die Verbindlichkeit des Erzeugers eines unehelichen Kindes zur Alimentation desselben beruht nicht auf einem Delict oder Quasi, sondern ist nach deutscher Praxis eine Folge der durch die Erzeugung des Kindes begründeten Verwandtschaft, und erst in neuerer Zeit hat man es versucht, dieselbe aus einer obligatio ex delicto zu erklären.

Heerwart, Beitr. zur Lehre von der Verbindlichkeit zur Ernährung unehelicher Kinder im Archiv für civ. Praxis Bd. XIV. No. 18. S. 437 ff.

Soviel nämlich:

a) die alimenta futura anbetrifft, auf welche das Kind einen

eigenen persönlichen Anspruch hat, so ist dieß von selbst klar, indem das Kind natürlich nicht dem Vater seine Erzeugung als ein Delict vorwerfen kann. Aber auch

b) bei dem Anspruche auf die Alimente für die Vergangenheit tritt kein anderer Gesichtspunkt ein. Freilich hat das klägerische Pflegekind auf diese keine eigene Klage, weil es mittlerweile schon alimentirt worden ist; vielmehr läßt sich dieser Anspruch nur aus einer negotiorum gestio der Mutter für den Vater, welche die Alimente einstweilen für diesen bestritten hat, ableiten, wobei dann weiter angenommen werden müßte, daß das deßfallsige Forderungsrecht der Mutter auf das Kind vererbt wäre.

Busch, Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen § 194. S. 258. § 206. S. 268 u. 269.

Allein selbst unter dieser Voraussetzung liegt doch der Grund, vermöge dessen sich die Mutter veranlaßt finden konnte, für den Vater die Alimente auszulegen, - in der Alimentationspflicht dieses Letzteren gegen das Kind, und fällt mithin dieser Anspruch insoweit ganz mit dem unter a erwähnten zusammen.

Wollte man aber auch, wie das die Meinung des Klägers zu sein scheint, selbst abgesehen von dem Delicte, ein forum contractus, oder doch ein demselben analoges forum contractae obligationis in Frankfurt annehmen, — wiewohl dem schon ohnehin die erheblichsten Bedenken entgegen stehen — so kömmt gegen die Anwendung eines solchen in concreto in Betracht, was schon die vorigen Richter hervorgehoben haben, daß der Beklagte weder in Frankfurt gegenwärtig ist, noch, so viel man aus den Acten ersehen kann, Güter daselbst besitzt. Daß es hierauf bei dem forum contractus nach gemeinem Prozeßrechte allerdings ankömmt, das ergibt eine richtige Auslegung der Vorschrift des canonischen Rechtes in

c. 1. § 3, de foro comp. in 6to (2. 2.)

und es hat auch diese, freilich nicht unbestrittene Meinung, welche in den Territorial-Verhältnissen des Mittelalters und in dem auf diesen beruhenden jus de non evocando eine wesentliche Unterstützung findet, bei weitem die Mehrheit der Schriftsteller und eine entschiedene Praxis für sich.

Vergl. Linde über den Gerichtsstand vertragsmäßig einge-

gangener Verbindlichkeiten im Archiv für civil. Praxis. Bd. VII. Nr. 2, S. 69 und 71, Note 27.

Jedenfalls aber hat diese Praxis in Frankfurt auf dem Grund der Reformation

Thl. I. Tit. 11. § 1.

Wurzel gefaßt. Denn wie man auch diese Stelle auslegen mag, so hat sie doch dahin geführt, daß in Frankfurt nicht sowohl darüber gestritten wird, ob ein forum contractus auch ohne persönliche Anwesenheit des Beklagten oder Güterbesitz stattfinden, sondern darüber, ob nicht jedenfalls persönliche Gegenwart erforderlich sei, so daß ohne diese selbst der Güterbesitz nicht genüge.

Vergl. Adlerpflicht, der Priv.-R. der fr. Stadt Frankfurt, Thl. 5. § 38. S. 1140

Bender, Lehrb. des Civ.-Proz. der fr. Stadt Frankfurt, § 27. sub. 3.

So hat auch das Ober-Appellationsgericht schon in einer früheren Sache der Gebr. Bethmann ca. A. Cramer, sent. de 9. Juli 1841, die Streitfrage in Beziehung auf Frankfurt aufgefaßt; und da nun in der gegenwärtigen Sache die beiden vorigen Instanzen ebenfalls ein Gewicht darauf legen, daß nicht nachgewiesen worden, daß der Beklagte Vermögen in Frankfurt besitze, woneben das Stadtgericht noch außerdem die Nicht-Anwesenheit des Beklagten hervorhebt, so kann man wohl annehmen, daß in Frankfurt ein entschiedener Gerichtsgebrauch darüber bestehe, daß zur Begründung des forum contractus wenigstens eines jener beiden Requisiten erforderlich sei.

Was der Kläger dagegen aus den Entscheidungsgründen der Juristen-Facultät zu Heidelberg in einer der vorliegenden Sache, Gutberlet ca. Fürst Lichnowsky anführte, ist von keinem Gewichte. Denn wenngleich darin an einer Stelle allgemein von dem Gerichtsstande aus persönlichen Verbindlichkeiten die Rede ist, so ergibt doch die ganze Ausführung, daß die Verfasser nur das forum delicti commissi, als in Frankfurt begründet, angenommen haben, bei welchem die oben erwähnten, in Ansehung des forum contractus gesetzlich vorgeschriebenen, Beschränkungen allerdings nicht eintreten.

Anders verhält es sich dagegen

2) mit den Satisfactions-Gebühren und Kindbett-Kosten, welche

der Kläger, wie schon erwähnt worden ist, ebenfalls mit eingeklagt hat. Dieser Anspruch stand ursprünglich der Mutter des klägerischen Pflegekindes zu und ist dafür, vorausgesetzt, daß die Schwängerung derselben in Frankfurt stattgefunden hat, allerdings ein forum daselbst begründet, nämlich das forum delicti commissi. Denn die Verbindlichkeit zur Entschädigung der Geschwängerten

c. 1 X. de adult. et stupro (5. 16.)

beruht wirklich auf einem Delicte, nämlich auf der Verführung des Frauenzimmers, welche als ein gegen dasselbe verschuldetes Delict betrachtet wird; auch steht ihr zur Geltendmachung der deßfallsigen Ansprüche eine condictio ex lege zu, und treten hier, wie gesagt, die Beschränkungen hinsichtlich der Anwesenheit oder des Güterbesitzes des Beklagten nicht ein.

Nichts desto weniger ist auch dieser Anspruch mit Recht zurückgewiesen. Denn selbst abgesehen von dem Mangel der Legitimation des Klägers steht demselben noch ein zweifaches Bedenken entgegen. Einmal das, daß sich dieser Theil der Forderung, für sich allein betrachtet und ohne Hinzurechnung von Alimenten, bei weitem nicht auf 300 fl. beläuft, mithin einen die Competenz des Stadtgerichts begründenden Betrag nicht erreicht, und daher bei dem Stadtamte eingeklagt werden mußte.

Verordnung vom 20. Mai 1817. § 3. (Ges. und Stat. Samml. Bd. I. S. 121.)

Fürs Andere aber könnte das klägerische Pflegekind diesen Anspruch nur als Erbe seiner Mutter geltend machen, und fehlt es zur Zeit noch an einer gehörigen Antretung des mütterlichen Nachlasses durch genugsam legitimirte Vertreter des Kindes, wogegen auch die Reformation, Thl. VI. Tit. 2. § 5 nicht angeführt werden kann, indem, wenn man auch diesen Punkt nach Frankfurter Recht beurtheilen wollte, dieser Paragraph bloß von der Immission und nicht von dem Erwerbe der Erbschaft handelt, ein Grund, der übrigens in gleichem Maaße, neben den schon oben vorgekommenen Gründen, dem Anspruche auf die bereits verfallenen Alimente entgegen steht, welche der minderjährige C. A. Fresenius ebenfalls nur als Erbe seiner Mutter fordern kann.

Sollte indeß diesem Mangel noch künftig abgeholfen werden und

der Vormund des Kindes demnächst wegen dieser Forderungen aufs Neue bei dem Stadtamte klagbar werden wollen, so würde ihm eine exceptio rei judicatae aus dem gegenwärtigen Erkenntnisse nicht opponirt werden können, indem das Stadtgericht die Klage nur aus dem Grunde der mangelnden Legitimation des Klägers und seiner eigenen Incompetenz abgewiesen hat, dieß aber der Erneuerung des Antrages vor dem competenten Forum nach beschaffter genügender Legitimation nicht entgegensteht. Auch war es nicht nöthig, dieß in dem Erkenntnisse selbst auszusprechen, da das Stadtgericht nicht die Forderung an sich verworfen, sondern nur anerkannt hat, „daß der gestellte Antrag (bei dem Stadtgerichte) nicht stattfinde," und das Erkenntniß des Appellationsgerichts sich bloß auf die Verwerfung der klägerischen Beschwerden beschränkt.

Schließlich hat der Kläger auch noch, zur Rechtfertigung seines Entschlusses vorzugsweise die Frankfurtischen Gerichte anzugehen, die Unmöglichkeit hervorgehoben, seine Ansprüche bei den Mannheimischen Gerichten geltend zu machen, weil in dem badischen Landrechte, wie in dem Code Napoleon jede Erforschung einer unehelichen Vaterschaft untersagt sei. Nun könnte freilich diese Rücksicht nie dahin führen, die an sich incompetenten Frankfurtischen Gerichte competent zu machen. Indeß irrt auch der Kläger, wenn er eine solche Klage nach dem badischen Landrechte für ganz und gar unstatthaft hält, da im Gegentheile der Satz 340 in dem Zusatze a dieselbe unter gewissen Voraussetzungen allerdings für statthaft erklärt.

———

149.

Dr. **A. Prior** als Curator der Verlassenschaft des **Carl Philipp Scheidel**, Klägers, Appellanten gegen Oberhofgerichtsrath Dr. **Zentner** in Mannheim, Beklagten, Appellaten, wegen Forderung.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. Januar 1858.

Der Erlaß der Commissionäre von Bauchero's Erben (der Handlung Mack, Wiegel u. Keutzer) an Scheidel in Betreff der in dem Schuldschein für den diesem geleisteten Vorschuß bedungenen Zinsen soll nach den Gründen zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 31. Januar v. J.*) dadurch bewiesen werden können, daß eine von gedachter Handlung dem ꝛc. Scheidel gegenüber abgegebene rechtsverbindliche Erklärung, die Zinsen nicht fordern zu wollen, nachgewiesen wird. In der Aussage des Zeugen Mack sind aber weder Handlungen noch Worte angegeben, aus denen sich eine Erklärung obgedachter Art mit Bestimmtheit entnehmen ließe. Seine Aeußerung, man habe eingesehen, daß Scheidel ein armer Teufel gewesen sei, an dem man sich nicht erholen könne, und man habe deßhalb auf die Verzinsung der in Rede stehenden Forderung verzichtet, ist jedenfalls einer doppelten Auslegung fähig. Der erwähnte Verzicht kann eine juristische Handlung aber auch ein bloßes factisches Verhalten, eine Nichtgeltendmachung zuständiger Ansprüche, ohne sich juristisch derselben zu entäußern, bezeichnen. Die letztere Auffassung wird im vorliegenden Falle dadurch um so wahrscheinlicher, als das angegebene Motiv des Verzichtes nicht in das Vorhandensein freigebiger Gesinnung, sondern darin gesetzt wird, daß von Scheidel doch nichts zu erhalten gewesen sei. Bedeutend ver-

*) Siehe diese Sammlung Band III. Seite 79 folg. insb. Seite 86.

stärkt werden diese Bedenken dadurch, daß sich der Zeuge einer bestimmten Erklärung der Handlung, durch welche dieselbe ihren Verzicht bekundet habe, so wenig zu erinnern vermag, wie der Art, in welcher von Scheidel der Verzicht angenommen sei. Nun fügt Mack zwar hinzu, er wisse nicht, ob er oder sein verstorbener Schwager in dieser Sache mit Scheidel verhandelt habe. Allein selbst hierdurch wird das Rechtsverhältniß nicht ausreichend aufgeklärt. Wenn auch die Worte „in dieser Sache" theils in Beihalt des Inhalts der Frage, theils des Umstandes, daß dem Schuldschein zufolge, welcher dem Zeugen soeben vorgelegt war, die Auszahlung des Vorschusses an Scheidel von Mack geschehen ist, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht auf die Entstehung, sondern auf die Aufhebung der Verbindlichkeit zu beziehen ist, so läßt sich doch hieraus nur entnehmen, daß etwas zwischen Scheidel und Mack, Wiegel und Keutzer verhandelt worden sei; der Inhalt dessen, was geschehen, kann jedoch daraus, zumal wenn man die vorangehende Erklärung damit verbindet, nicht mit Bestimmtheit ersehen werden. Diesem Allen zufolge und obgleich es unbedenklich ist, aus Scheidel's Schweigen zu dem Zinsen-Erlaß dessen Annahme abzuleiten, konnte der Auffassung des Klägers nicht beigetreten werden, daß der ihm obliegende Beweis durch die Zeugenaussagen bis zum Erfüllungseide erbracht sei. Auch läßt sich eine vollständige Führung des Beweises nicht um deßwillen annehmen, weil in Mack's Aussage zum Beweissatze jedenfalls die Uebernahme der Verpflichtung für die Handlung liege, die in Rede stehenden Zinsen weder von Scheidel fordern noch Banchero's Erben in Rechnung bringen zu wollen. Denn abgesehen davon, ob Mack der Zeit befugt sein würde, die Handlung in der oben erwähnten Weise zu verbinden, so kommt doch dessen Erklärung gegenwärtig nicht als die eines Contrahenten, sondern als die eines Zeugen zur rechtlichen Beurtheilung und mußte demnach auch die Frage, ob der Beweis per aequipollens geführt sei, verneint werden.

Hiernach würde dem Beklagten der Reinigungseid in Betreff des Beweissatzes haben auferlegt werden müssen. Da indessen der zugeschobene Eid von dem Beklagten bereits angenommen, und dessen Verwandlung in einen Reinigungseid von dem Kläger nicht bean-

tragt worden ist, so mußte angenommen werden, daß der Kläger nicht beabsichtigt habe, eine derartige nur in den Wirkungen des geleisteten Eides möglicher Weise bedeutende Abänderung eintreten zu lassen, und war demnächst das vorige Urtheil (welches auf Ausschwörung des zugeschobenen Eides lautete) zu bestätigen.

Die Vergleichung der Kosten voriger Instanz ist eine Folge der Abänderung des Stadtgerichts-Urtheils durch das Appellationsgerichts-Erkenntniß, und die Bestätigung des letzteren führte zur Verurtheilung des Klägers in die Kosten jetziger Instanz.

150.

Gebrüder Wex zu Barmen, Kläger gegen die Handlung **M. St. Goar,** Beklagte, wegen Forderung.

Vorbemerkung.

Die Gebrüder Wex zu Barmen haben in Gemäßheit eines mit der Handlung St. Goar zu Frankfurt a. M. abgeschlossenen Verkaufsvertrages gewisse Waaren dem Martin Maas zu New-York als Destinatär der Käuferin in vier, zu verschiedenen Zeiten abgegangenen, Partien von Barmen aus übersandt, und die Käuferin hat wegen mangelhafter Beschaffenheit dieser Waaren auf deßhalbige von Maas aus New-York erhaltene Berichte von Frankfurt aus an die Verkäufer (am 7. und 16. März und 2. April 1854) Reclamationen ergehen lassen.

Gegenüber einer von den Gebrüdern Wex gegen St. Goar bei hiesigem Stadtgerichte erhobene Klage auf den Kaufpreis jener Waren, hat die Verklagte u. A., unter Vorlage der jene Reclamationen enthaltenden Correspondenz, Abzug am Kaufpreise verlangt, und es sind ihr über diese Einrede rechtskräftig folgende cumulative Beweise auferlegt worden:

1) daß die fraglichen Waaren alsbald nach deren Ankunft zu New-York von der Beklagten untersucht, und sodann von deren angeblich mangelhafter Beschaffenheit die Kläger alsbald in Kenntniß gesetzt worden seien, und

2) daß die Waaren mangelhaft gewesen und einen Minderwerth gehabt haben.

Die Verklagte hat diese Beweise angetreten 1) (unter Angabe der Ankaufstage der Waaren zu New-York) durch Antrag auf Einholung eines Gutachtens Sachverständiger über die Rechtzeitigkeit der erhobenen Reclamationen; 2) durch Urkunden, nämlich neben der die Reclamationen enthaltenden Correspondenz, durch Affidavits mehrerer Personen zu New-York über die Mängel der Waaren, 3) durch Benennung der Aussteller der Affidavits als Zeugen, und 4) eventuell durch Eideszuschiebung.

Das Stadtgericht und Appellationsgericht haben, unter Verwerfung der übrigen Beweisantretung, alsbald auf den Eid, das Ober-Appellationsgericht aber (unter dem 20. Februar 1858) erkannt:

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 5. Septbr. 1856 wieder aufzuheben, und Beklagter mit dem durch Sachverständige angetretenen Beweise, mit den aus den Voracten in Bezug genommenen Briefen, so wie den ferner producirten Urkunden unter Vorbehalt der gegen die Beweiskraft der letzteren gemachten Einwendungen, nicht minder mit dem angebotenen Zeugenbeweise, unter Vorbehalt der Einreden gegen die Personen und Aussagen der Zeugen zuzulassen, und sowohl wegen weiterer Instruirung des Sachverständigen-Beweises, als wegen Vernehmung des denominirten Zeugen nach Maaßgabe des Antrages der Beweisantretung, vom Stadtgerichte das Erforderliche zu verfügen sei; worauf demnächst in der Hauptsache und wegen der Kosten erster Instanz weiter erginge was Rechtens.

Die Kosten voriger und jetziger Instanz werden compensirt, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die von dem Beklagten in der Hauptsache aufgestellte Beschwerde, eine Wiederholung seiner Beschwerde voriger Instanz, daß der von ihm angetretene Beweis bis auf die eventuelle Eidesdelation verworfen worden sei, stellte sich als begründet dar, und mußte der Beklagte mit sämmtlichen principaliter angebotenen Beweismitteln salvis exceptionibus zugelassen werden.

Bei Beurtheilung der Beweisantretung konnte zunächst dem allgemeinen Einwand, welchen die Kläger aus der Disposition des Beklagten über die streitigen Waaren hergenommen haben, kein Ge-

wicht beigelegt werden. Die Behauptung, es sei den Klägern doloser Weise der Gegenbeweis durch die erst im Beweisverfahren an den Tag gekommene Verfügung über die Waaren unmöglich gemacht worden, ist schon darum hinfällig, weil der Beklagte bereits in der vor dem Prozeß gepflogenen Correspondenz den Klägern wiederholt ankündigte, er würde die Waaren verkaufen lassen, wenn die Kläger auf keinen seiner anderen Vorschläge eingingen. Auch war der Beklagte, da er nur die exceptio quanti minoris vorgeschützt hat, zur Verfügung über die Waaren berechtigt, und die beiläufige Aeußerung in seinen Prozeßschriften, die Waaren lägen zur Verfügung der Kläger, war deßhalb eine ganz unerhebliche. Die Ansicht aber, daß in einem solchen Falle der Beweis desjenigen, welcher über die Waaren verfügt hat, wenigstens einer um so strengeren Beurtheilung unterworfen werden müsse, kann jedenfalls keinen Grund abgeben, einer Beweisantretung, welche sich nicht im Voraus als erfolglos darstelle, die Zulassung zur Instruction zu versagen.

Was sodann die einzelnen Beweismittel betrifft, so hat der Beklagte:

I. wegen der Rechtzeitigkeit der von ihm über die angeblichen Mängel der gekauften Waaren (am 7. und 16. März und am 2. April 1854) erhobenen Reclamationen die Einholung eines Gutachtens Sachverständiger beantragt. Obwohl nun mit den beiden vorigen Instanzen davon auszugehen war, daß der Beklagte für jede einzelne der vier von den Klägern successiv gelieferten Waarensendungen die Rechtzeitigkeit der Reclamation nachzuweisen habe, so konnte doch keine der gegen den Antrag erhobenen Einwendungen für begründet erachtet werden. Es sind folgende:

1) Es fehle für ein Gutachten Sachverständiger die nöthige thatsächliche Grundlage, weil über die Ankunft der Waaren in New-York zwar eine specielle Angabe gemacht, aber kein Beweis angetreten worden sei. — Abgesehen davon, daß auf die beantragte Begutachtung immer eingegangen werden mußte, wenn der Beklagte auch nur den Vortheil damit erreichte, lediglich die Ankunftszeit in New-York zum Gegenstand des deferirten Eides gemacht zu sehen, würde diesem Einwande schon darum nicht beizupflichten sein, weil auf die Abgangszeit der Waaren von Barmen, wie sie sich aus den

von den Klägern beigebrachten Facturen ergibt, zurückgegangen werden kann, und, da die Zwischenzeit bis zu der behaupteten Ankunft in New-York bei allen vier Sendungen wesentlich übereinstimmt und sich nach den ziemlich bekannten Transportverhältnissen auf der Linie über Havre nach New-York als eine angemessene darstellt, hierdurch für die Richtigkeit der behaupteten Ankunftstage eine Wahrscheinlichkeit geliefert wird, welche die Zuerkennung eines richterlichen Eides möglich macht. Es kommt aber zur Zeit auf diese Eventualität nicht einmal an, da die Annahme, es fehle an einer Beweisantretung über die Ankunftstage in New-York, sich als unrichtig darstellt. Der Beklagte hat nämlich in der Beweisantretung die acht Personen, von denen er schriftliche Aussagen beigebracht hatte, eventuell in einem getrennten Absatz ganz allgemein zu Zeugen vorgeschlagen, und diese Denomination muß um so mehr auch auf die Zeit der Waaren-Ankunft in New-York mitbezogen werden, als die Ankunftszeit nicht nur mit der „sofortigen Untersuchung" der Waaren, wofür sich der Beklagte ausdrücklich auf die Aussagen jener Personen berufen hat, in engem Zusammenhange steht, sondern auch von M. Maas bei seiner notariellen Vernehmung auf ein derselben annectirtes Verzeichniß der vier Waarensendungen Bezug genommen worden ist, welches namentlich die Tage der Ankunft in New-York speciell mitbezeichnet. Das Resultat des Zeugenbeweises, dessen Zulässigkeit unten erörtert werden wird, muß daher auch in diesem Punkt abgewartet werden, und wird das Stadtgericht zu ermessen haben, ob der Sachverständigen-Beweis zweckmäßiger gleichzeitig mit dem Zeugenbeweis, oder erst nach demselben zu instruiren sei.

2) Die Rechtzeitigkeit der erfolgten Reclamationen sei nicht ein Gegenstand der sachverständigen, sondern der richterlichen Beurtheilung. Diese Behauptung ist an sich völlig richtig; allein sehr wohl kann durch ein Gutachten Sachkundiger ermittelt werden, wie viel Zeit regelmäßig durch die Zollabfertigung in New-York bis zur Auslieferung der Waaren an den Destinatär, wie viel durch die Untersuchung der Waaren und wie viel durch die Meldung des Befundes von New-York nach Frankfurt in Anspruch genommen wird. Gerade die Constatirung dieser factischen Grundlagen der künftigen

richterlichen Beurtheilung ist aber unverkennbar der eigentliche Zweck des beantragten Gutachtens.

3) Durch die Sachverständigen könne immer nicht ermittelt werden, wie es sich mit jenem mehrfachen Zeitaufwande gerade im vorliegenden Falle verhalten habe. Bestätigen jedoch die Sachverständigen, daß durch die Zollabfertigung und Nachrichtgebung gewöhnlich so viel Zeit in Anspruch genommen werde, als nöthig sein würde, um den Vorwurf der Verzögerung von dem Beklagten abzuwenden, so würde damit eine so erhebliche Präsumtion für den vorliegenden Fall geliefert sein, daß es sich nur fragen könnte, ob dieselbe allein genüge oder etwa noch ein richterlicher Eid hinzukommen müßte.

4) Es stehe schon rechtskräftig fest, daß sowohl die Untersuchung als Nachrichtgebung alsbald nach der Ankunft der Waaren in New-York erfolgt sein müsse, und der Beklagte hätte auch selbst früher von einer verzögerten Auslieferung der Waaren nach ihrer Ankunft nichts erwähnt. — Da indessen von Versäumniß einer Reclamation nicht die Rede sein kann, so lange die Möglichkeit einer Untersuchung der Waaren nicht gegeben ist, so versteht es sich ganz von selbst, daß unter „Ankunft der Waaren in New-York" nicht der Moment des Eintreffens der Schiffe, sondern nur der Moment verstanden werden kann, wo der Destinatär in die Lage kam, die Waaren untersuchen zu können, und liegt daher auch von Seiten des Beklagten kein Widerspruch mit seinen früheren Angaben, sondern nur eine völlig statthafte nähere Specialisirung derselben vor.

5) Aus den eigenen Angaben des Beklagten erhelle die Unrichtigkeit der Behauptung, daß die Zollabfertigung in New-York stets einen Aufschub von drei Wochen und mehr herbeiführe, da bei den drei letzten Sendungen die Reclamation schneller erfolgt sein solle, als unter Voraussetzung eines solchen Aufschubes möglich gewesen wäre. — Dieser Einwand würde auf keinen Fall einen Grund abgeben, um rücksichtlich der letzten drei Sendungen die Beweisantretung durch Sachverständige zu verwerfen; vielmehr würde sich bei ihnen, da die Zwischenzeit von der behaupteten Ankunft in New-York bis zu der von Frankfurt aus erhobenen Reclamation nicht mehr als 24, 25 und resp. 29 Tage beträgt, in Betracht der gleich

zu erwähnenden Bedeutung einer „alsbaldigen" Reklamation nur fragen können, ob es eines solchen Beweises überall noch bedurft hätte. Aber auch rücksichtlich der ersten Sendung, wo jene Zwischenzeit 45 Tage beträgt, läßt sich die Reklamation noch keineswegs als verspätet ansehen. Nicht nur ist es sehr wohl denkbar, daß durch die Sachverständigen ein Aufschub von drei Wochen durch die Zollabfertigung als der regelmäßige bestätigt und die Ablieferung der drei anderen Sendungen für eine ungewöhnlich rasch erfolgte erklärt werden wird, sondern wenn auch die Sachverständigen den regelmäßigen Aufschub geringer anschlagen sollten, so ist doch der Zwischenraum von 45 Tagen kein so großer, daß ohne Weiteres auf eine Verzögerung der Reklamation geschlossen werden müßte. Der handelsrechtliche Satz, daß der Käufer eine Reklamation wegen der Beschaffenheit der zugesendeten Waare bei Verlust seiner Ansprüche alsbald zu erheben habe, kann nicht dahin verstanden werden, daß der Empfänger nothwendig mit der ersten Gelegenheit schreiben müsse; er hat vielmehr nur die Bedeutung, daß der Käufer nicht eine Zeit verstreichen lassen dürfe, welche bei geordnetem Geschäftsbetrieb als ungewöhnlicher Verzug von seiner Seite erscheinen und den Verkäufer theils durch die Erwartung, daß die Waare angekommen sei, täuschen, theils in seinen auf Anlaß der Reklamation etwa zu ergreifenden Maaßregeln benachtheiligen würde. Welche Frist hierfür anzunehmen sei, kann in Ermangelung einer positiven Bestimmung nur durch richterliches Ermessen unter Erwägung der concreten Umstände entschieden werden, wie dieß vom Ober-Appellationsgericht schon früher

Frankf. S. Amschel ca. Herzfeld. Mai 1850*)

ausgesprochen worden ist. Derselben Ansicht hat aber auch das Beweisinterlocut in vorliegender Sache ausdrücklich beigepflichtet, und es unterliegt daher keinem Zweifel, daß der im Beweissatz gebrauchte Ausdruck „alsbald" eben nur ein solches modicum tempus bezeichnen sollte. Erwägt man nun, daß bei Versendungen nach New-York der Zeitpunkt, bis zu welchem der Absender die Anzeige vom Empfang und Befund erwarten kann, sich nur nach Monaten und Wochen, aber nicht nach Tagen berechnen läßt, und daß Waaren der verschie-

*) Siehe Seite 51.

genden Art einerseits weder Verderb noch besonders rasch wechselnde Conjuncturen befürchten lassen, andererseits zur gehörigen Untersuchung einige Zeit erfordern, so würde eine Frist von etwa 14 Tagen zur Untersuchung und Absendung der Befund-Anzeige von New-York in keiner Weise zu lang erscheinen. Daneben würden dem Beklagten auch noch eine weitere Frist von einigen Tagen zur Mittheilung der Reclamationen von Frankfurt aus an die Kläger zu gute gerechnet werden müssen. Gründe, weshalb bei dem vorliegenden Handel besondere Eile nöthig gewesen wäre, sind von den Klägern nicht zur Sprache gebracht worden, und in ihrer unter dem 13. März 1854 ertheilten umständlichen Antwort auf die Reclamation haben sie nicht einmal ein Wort von Verspätung der Anzeige erwähnt. Sonach würde der Nachweis, daß die Zollabfertigung in New-York und der Lauf eines Briefes von da nach Frankfurt zusammen etwa 4 Wochen erforderten, jedenfalls genügen, um den Vorwurf der Verspätung von dem Beklagten abzuwenden.

6) Endlich, die erhobenen Reclamationen seien nicht in genügender Weise erfolgt, nämlich nicht unter Namhaftmachung aller der Ausstellungen, welche jetzt geltend gemacht würden. — Da das Revisions-Erkenntniß vom 3. August 1855 den Beklagten zum Beweise aller in der Beweisantretung aufgeführten Erinnerungen gegen die Waaren zugelassen hat, während die brieflichen Reclamationen vom 7. und 16. März und 2. April 1854 sich bereits bei den Voracten befanden, und von dem Beklagten nirgends behauptet war, daß er noch anderweite Reclamationen erhoben habe, so konnte das Erkenntniß nur davon ausgehen, daß die gedachten drei Briefe, ihre Rechtzeitigkeit vorausgesetzt, genügten, um dem Beklagten die Geltendmachung aller jener Erinnerungen zu sichern. Der Beweissatz kann daher nicht von einer erst noch zu constatirenden speciellen Reclamation wegen jedes einzelnen Mangels, sondern nur dahin verstanden werden, daß die Rechtzeitigkeit der bereits in den Acten vorliegenden Reclamationen dazuthun sei. Uebrigens ist der Einwand der Kläger auch materiell unbegründet, da die gedachten drei Briefe das Wesentliche der jetzt geltend gemachten Mängel erwähnten, und eine sofortige vollständige Specialisirung sämmtlicher Ausstellungen, und zwar für

jeden Theil einer Gesammtlieferung, bei Reclamationen der Art nicht verlangt werden kann.

II. Was den durch Urkunden versuchten Beweis betrifft, so bedarf die Bezugnahme auf die im ersten Verfahren zu den Acten gebrachten Briefe keiner Rechtfertigung. Anlangend aber die mit der Beweisantretung producirten Schriftstücke, so haben freilich außergerichtliche und einseitig von einer Parthei erwirkte Vernehmungen oder schriftliche Versicherungen dritter Personen, seien sie auch eidlich bekräftigt, gar keine Beweiskraft, so lange die ordnungsmäßige Abhörung dieser Personen als Zeugen noch geschehen kann. Dennoch mußte es vorgezogen werden, die Zulassung jener Urkunden mit Vorbehalt der Einreden wider ihre Beweiskraft auszusprechen, da die Vernehmung einzelner unter den fraglichen Personen inzwischen unmöglich geworden sein konnte, welchenfalls aus den vorliegenden schriftlichen Depositionen derselben wenigstens unterstützende Indicien zu entnehmen sein würden. — Hiernach kommt es für jetzt vorzugsweise

III. auf die Zulässigkeit und das Ergebniß des weiter angetretenen Zeugenbeweises an, welcher sowohl, wie oben bemerkt, die Zeit der Ankunft der Waaren in New-York als die sofortige Untersuchung und die mangelhafte Beschaffenheit der Waaren zum Gegenstande hat. Auch dieser Theil der Beweisantretung ist aber ohne Grund beanstandet worden.

1) Die Kläger haben in Betreff der sofortigen Untersuchung der Waaren eingewendet, theils es ergebe sich aus den beigebrachten Aussagen der amerikanischen Abnehmer der Waaren, daß die Untersuchung erst im Mai 1854 und zum Theil erst im März 1855 vorgenommen worden sei; theils der Beklagte hätte zu beweisen gehabt, daß die Untersuchung durch ihn selbst, oder einem von ihm Beauftragten angestellt worden sei, und darauf sei der Beweis gar nicht gerichtet. — Allein der erste Einwand widerlegt sich von selbst dadurch, daß der Beklagte seine Reclamationen von Frankfurt aus im März und April 1854 auf Grund der von New-York empfangenen Nachrichten erhoben hat, die Untersuchung durch den Destinatär in New-York, also vorausgegangen sein mußte, und es ist völlig willkürlich, wenn die Kläger aus dem Umstande, daß im Mai 1854 und

März 1855 von Abnehmern eines Theils der Waaren gegen deren Beschaffenheit reclamirt wurde, schließen wollen, die Untersuchung durch den Destinatär sei erst zu diesem Zeitpunkte vorgenommen worden. Was den zweiten Einwand betrifft, so ist allerdings der Beweissatz auf eine Untersuchung durch den Beklagten gerichtet, und diese Fassung vermuthlich dadurch veranlaßt worden, daß der Beklagte im ersten Verfahren den Destinatär M. Maas als seinen Commanditär bezeichnet hatte. Es kommt indessen hier nichts darauf an, ob M. Maas wirklich diese Stellung zu dem Beklagten hatte oder nicht. Denn wenn der Beklagte die nach New-York bestimmten Waaren durch M. Maas empfangen ließ und auf Grund der von ihm angestellten Untersuchung seinerseits die Reclamationen gegen die Kläger erhob, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß er damit die Untersuchung des M. Maas für sich genehmigte, ihn in dieser Beziehung als seinen Vertreter anerkannte, und daß demnach den Klägern gegenüber, die Untersuchung ganz ebenso betrachtet werden mußte, als wäre sie von dem Beklagten selbst angestellt worden.

Es bedarf übrigens kaum der Bemerkung, daß wenn der sub I. besprochene Beweis gelingen sollte, auch der Beweis der sofortigen Untersuchung schon miterbracht sein würde, indem eine Reclamation, welche im Verhältniß zu der Ankunft der Waaren in New-York als rechtzeitig anerkannt werden muß, die Rechtzeitigkeit der in der Mitte liegenden Untersuchung der Waaren von selbst in sich schließt. Dennoch darf der selbstständige Zeugenbeweis über eine alsbald angestellte Untersuchung schon darum nicht für überflüssig erachtet werden, weil der Ausfall desselben auf die Formulirung eines zu dem Beweise sub I. etwa nöthig werdenden Eides von Einfluß werden könnte.

2) In Betreff des Hauptgegenstandes, der Beschaffenheit der Waaren, ist der Zeugenbeweis in beiden vorigen Instanzen deßhalb verworfen worden, weil die Mangelhaftigkeit der Waaren nach Maaß und Qualität und der sich daraus ergebende Minderwerth nicht Gegenstand einfacher, sinnlicher Wahrnehmung, sondern sachverständiger Untersuchung und Beurtheilung sei. — Allein die Aussage über das Längen- und Breitenmaaß betrifft jedenfalls nur einen

Gegenstand einfacher, sinnlicher Wahrnehmung, und auch rücksichtlich der Qualität und des Minderwerthes handelt es sich nicht um die Abgabe eines reinen Gutachtens, sondern um die Wahrnehmung einer Thatsache, deren gehörige und zuverlässige Auffassung zugleich durch eine gewisse Sachkunde bedingt ist, und in solchem Falle ist die Vernehmung von Personen, welche die Eigenschaft von Zeugen und Sachverständigen in sich vereinigen, sachverständiger Zeugen, in der Form des gewöhnlichen Zeugenbeweises unbedenklich für zulässig zu halten, wie das Ober-Appellationsgericht schon wiederholt anerkannt hat.

Frankfstr. S. Kahl ca. Kahl, Ehefrau. September 1844*).
Frankfstr. S. Ebner ca. Heygen. Februar 1852**)

Die über das Berufsgeschäft der hier denominirten Personen gemachte Angabe, welche durch die beigebrachten Urkunden eine vorläufige Bestätigung erhalten hat, begründet aber die Vermuthung, daß dieselben die erforderliche Sachkunde besitzen werden, und der Inhalt der künftigen Vernehmung wird darüber noch bestimmtere Aufklärung zu liefern im Stande sein.

3) Die persönliche Fähigkeit zum Zeugniß kann zur Zeit bei keiner der denominirten Personen für ausgeschlossen gehalten werden. Allerdings ist dieselbe

a) rücksichtlich des Kaufmanns Martin Maas zweifelhaft, indem der Beklagte im ersten Verfahren ihn als seinen „Commanditär" bezeichnet und in der Duplik angeführt hat, Maas habe erst in Begleitung des Beklagten den Einkauf der Waaren bei den Klägern besorgt. Aus den desfallsigen Vorträgen des Beklagten, deren Zweck es ohnehin nicht war, über sein Rechtsverhältniß zu Maas Aufschluß zu geben, sondern nur die Bestimmung der Waaren für New-York nachzuweisen, wird es indessen nicht klar, welche rechtliche Stellung Maas zu dem Beklagten gehabt habe, indem es namentlich, da der Beklagte mehrfach von „seinem Haus," „seiner Commandite" in New-York redet, den Anschein gewinnt, als ob Maas nicht sowohl stiller Gesellschafter der beklagtischen Handlung in Frankfurt, als vielmehr Führer eines Zweiggeschäftes in deren

*) Siehe Seite 52. **) Siehe Seite 53.

Diensten sein solle, und nur im ersteren, nicht aber im letzteren Falle würde Maas, auch wenn er bei dem Abschluß des Handels persönlich mitwirkte, ein ganz unzulässiger Zeuge sein. Da nun der Beklagte in jetziger Instanz mit Bestimmtheit behauptet hat, daß Maas bei seinem Frankfurter Geschäft gar nicht betheiligt sei, so kann derselbe für jetzt nicht als ein Zeuge in eigener Sache verworfen werden, vielmehr muß es beiden Theilen überlassen bleiben, durch Fragen bei Vernehmung des Maas oder sonst in geeigneter Weise die nöthige Aufklärung über sein Rechtsverhältniß zu dem Beklagten, und die darnach anzunehmende Unzulässigkeit oder bloße Verdächtigkeit zu liefern.

b. Der Commis Leopold Sanders ist von den Klägern selbst nicht als unzulässiger, sondern nur als verdächtiger Zeuge angefochten worden, und sein Dienstverhältniß zu M. Maas ist auch, selbst wenn Letzterer ein Gesellschafter der beklagtischen Handlung sein sollte, kein Verwerfungsgrund, da eine eigene Verantwortlichkeit des Zeugen nicht in Frage steht, und abgesehen hiervon Comptoirbediente, auch während der Dauer ihres Dienstes keineswegs, unfähige Zeugen sind.

Fftr. S. Ansell ca. Womersley & Burt. September 1850*)
" " Goldschmidt ca. Frege & Co. Mai 1853.
" " van der Laat ca. Weißer. Januar 1857**).

Ob Sanders überhaupt und in welchem Grade für verdächtig zu halten sei, hängt namentlich davon ab, ob er sich noch im Dienste von Maas befinde, und welche Stellung Letzterer zu dem Beklagten habe, und kann daher erst später entschieden werden.

c. Auch die übrigen Zeugen, welche einen Theil der fraglichen Waaren von M. Maas gekauft haben, oder im Dienst eines Käufers derselben gewesen sein sollen, mußten unbedenklich zugelassen werden. Am Ausgang des jetzigen Rechtsstreites sind sie ersichtlich in keiner Weise betheiligt, da ihr Rechtsverhältniß zu M. Maas unberührt bleibt, mag der Beklagte (und etwa auch mit ihm M. Maas)

---

*) Siehe Band III. Seite 68.
**) Siehe Band III. Seite 75.

die verlangte Preisminderung den Klägern gegenüber durchsetzen oder nicht. Sollte es die Absicht sein, diese Zeugen mit über die Ankunft der Waaren in New-York und über deren sofortige Untersuchung abhören zu lassen, so sind die Zeugen in Betreff dieser Punkte jedenfalls ohne alles eigene Interesse. Nur rücksichtlich der Aussage über die Beschaffenheit der Waaren entsteht allerdings bei den meisten von ihnen — unbetheiligt erscheint auch hier der Handlungsdiener Pyer, test 6 — das Bedenken, daß sie als Käufer der Waaren bereits ihrem Verkäufer Maas gegenüber in eigenem Interesse die Mängel, worüber sie aussagen sollen, gerügt und einige von ihnen den Empfang abgelehnt oder Preisminderung verlangt haben sollen. Sie würden daher durch eine den Klägern günstige Aussage mit sich selbst in Widerspruch treten. Allein von einem sie unzulässig machenden eigenen Interesse könnte doch nur dann die Rede sein, wenn die zu erstattende Zeugenaussage auf ihr Rechtsverhältniß zu Maas eine Rückwirkung zu äußern vermöchte, und dieß läßt sich in keiner Weise annehmen. Selbst wenn sie sich mit Maas noch nicht durch bewilligten Abzug oder durch Abschätzung der Waare definitiv auseinandergesetzt haben sollten, — wie dieß z. B. von Keene und Pennimann in ihrem Affidavit angegeben wird, — läßt sich doch nicht sagen, daß eine den Klägern günstige Aussage ihnen rechtlich dem Maas gegenüber präjudiciren könnte. Der hervorgehobene Umstand kann daher nur als ein Verdachtsgrund angesehen werden, dessen Gewicht sich erst nach erfolgter Vernehmung beurtheilen lassen wird.

4) Der Umstand, daß die benominirten Personen sich bereits materiell über die Sache haben vernehmen lassen, oder Affidavits darüber ausgestellt haben, steht der beantragten Abhörung nicht entgegen, da eine abermalige Vernehmung abgehörter Zeugen, selbst nach Eröffnung ihrer Aussagen, völlig statthaft ist, wenn die erste Deposition ohne Beobachtung der gerichtlichen Förmlichkeiten vorgenommen wurde.

Vergl. Fallstr. S. Russell vs. Bomersberg & Burt Sept. 1850*).

5) Wenn außerdem die Kläger gegen den Zeugenbeweis einwenden, die Identität der streitigen mit den an die Zeugen verkauf-

*) Siehe Seite 34.

ten Waaren stehe nicht fest, so kommt darauf in der jetzigen Lage der Sache nichts an, da erst die künftige Vernehmung der Zeugen ergeben muß, inwieweit aus ihren Aussagen die Identität zur Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit erhoben werden wird. Eine Erfolglosigkeit des Beweises in diesem Punkte läßt sich in keinem Falle im Voraus behaupten, zumal wenn man berücksichtigt, daß der Zeuge Sanders sowohl die Untersuchung als den Weiterverkauf der fraglichen Waaren besorgt haben soll. Auch alles das, was die Kläger gegen den Inhalt der in den producirten Urkunden enthaltenen bisherigen Angaben der Zeugen, und über die Frage, ob bei dem streitigen Handel von den Klägern Proben gegeben worden seien, mit denen eine Vergleichung eintreten müsse, erinnert haben, kann gegenwärtig selbstverständlich nicht in Betracht kommen. Dasselbe gilt endlich

b) von dem Einwande, daß der angetretene Zeugenbeweis sich nur auf einen Theil der gelieferten Waaren beziehe, indem es dahingestellt bleiben muß, ob und in wie weit sich aus dem gelieferten Zeugenbeweis ein Schluß auf den übrigen Theil der Waaren wird machen lassen.

Sonach mußte auf Instruirung des gesammten Zeugenbeweises erkannt werden, wobei dem Antrag des Beklagten p. 10 seiner Beweisantretung unbedenklich zu entsprechen ist.

Die Kosten erster Instanz mußten ausgesetzt bleiben, während in der zweiten und dritten Instanz wegen der ergehenden reformatoria zu compensiren waren.

Auszüge aus den Seite 44, 48 und 50 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

1. Amschel ca. Herzfeld. 1850.

Es geht jedenfalls zu weit, wenn die vorigen Richter die Anbringung von Reclamationen, wie die in Frage stehende, an einen bestimmten, ganz kurzen Zeitraum knüpfen wollen. Zwar darf der Empfänger bestellter Waaren deren Untersuchung nicht willkürlich verzögern, sondern muß, wenn er sie nicht annehmen will, den Absender hiervon baldmöglichst, sowie von den Gründen seiner Weigerung,

in Kenntniß sehen. Dieses Princip, woran das Ober-Appellationsgericht ungeachtet der abweichenden Ansicht neuerer Schriftsteller

Treitschke, Kaufcontract § 99. S. 32.
Thöl, Handl.-Recht. Th. I. § 84.

stets festgehalten hat, beruht aber, abgesehen von einzelnen Particularrechten, nicht auf besonderen positiven Vorschriften, die auch für Frankfurt ebensowenig existiren, als sich dort ein festes Gewohnheitsrecht ausgebildet hat, wodurch ein bestimmter Termin festgestellt wäre, in welchem der Kläger seine Erklärung abgeben muß, sondern es ist der gedachte Grundsatz nur eine Folge der bona fides und der gegenseitig im Handelsverkehr von den Partheien sich zu beobachtenden Diligenz. Aus dieser Quelle des Princips folgt nun aber von selbst, daß eine genau begrenzte Frist, binnen welcher die Reklamation, bei Verlust derselben, erfolgen müßte, sich nicht angeben läßt, und daß eine dem Wechselrecht ähnliche Strenge hier ganz am unrechten Orte sein würde. Zwar haben sich einzelne, wie

Pöhl's Handl.-Recht, Th. I. p. 166,

hierbei wohl auf die Regel „quod sine die debetur statim debetur" berufen und daraus ableiten wollen, daß die Anzeige vorgefundener Fehler sofort mit umgehender Post erfolgen müsse; allein dabei ist übersehen, daß dieser Grundsatz ein dem Schuldner einzuräumendes modicum tempus keineswegs ausschließt.

L. 21 § 12 D. de recept. (4, 8).
L. 105 D. de solution. (46, 3).

2. Kahl ca. Kahl. 1844.

Wenn der Beklagte meint, daß jedenfalls die Aussagen dieses Zeugen, insofern er als Sachverständiger geurtheilt habe, nicht zu berücksichtigen seien, so ist dieß ebenfalls nicht gegründet.

Denn es liegt hier nicht das reine Urtheil eines Sachverständigen, sondern vielmehr der Fall eines sachverständigen Zeugen vor, der sehr wohl von seinem wissenschaftlichen Beobachtungsvermögen Gebrauch machen darf. Da ferner die Aussage des Dr. Schott eine vorübergegangene Thatsache betrifft, deren Untersuchung sich nicht wiederholen läßt, so leiden auch die Bestimmungen der Medicinalordnung von 1817 § 23 und 24 in diesem Falle keine

Anwendung. Und wenn gleich das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 25. Februar 1839 die Aeußerung enthält, daß die Medicinalordnung das gerichtliche Zeugniß eines Arztes, „in so weit es sich auf thatsächliche Umstände beschränke und dabei kein Urtheil des Sachverständigen enthalte," nicht ausschließe, so findet sich dieß doch nur in den Entscheidungsgründen jenes Erkenntnisses, welches überdieß durchaus nicht diese Frage, sondern nur die, ob der Dr. Schott zu seiner Zeugnißablegung der Zustimmung der Marie Lorch bedürfe, zum Gegenstande hatte.

Es liegt also über den obigen Umstand die Aussage freilich nur Eines, aber eines untadelhaften Zeugen vor, und muß derselbe daher für bis zur Hälfte erwiesen gelten.

3. Heygen ca. Ebener. 1852.

Ist es gleich richtig, daß Klägerin die beiden von ihr zu einem anderen Beweispunkte als „Kunstverständige" vorgeschlagenen Schreinermeister bei den hier in Frage stehenden Rechnungsposten „als Zeugen" darüber vernommen wissen wollte, daß „diese Arbeiten und Lieferungen im ... Hause der Beklagten und unter den darin befindlichen Schreinerarbeiten wirklich vorhanden seien," so ist es doch klar und wird vom Beklagten selbst anerkannt, daß es sich hier um einen Beweis handelt, der nach Lage der Sache überall nicht anders als eben durch Sachverständige geführt werden kann; denn nur unter Voraussetzung technischer Kenntnisse wird sich darüber ein festes Urtheil gewinnen lassen, ob jene in der Rechnung separat verrechneten, nach Beklagtens Angabe theils ganz fehlenden, theils zu anderen Arbeiten und Rechnungsposten gehörigen und mit darunter begriffenen Arbeiten als wirklich vorhanden und außer letzteren geliefert zu erachten seien oder nicht. Wo nun aber ein nur durch Sachverständige zu erbringender Beweis durch rechtzeitige Benennung kunstverständiger Personen angetreten wird, darf auf die Partheibezeichnung des intendirten Beweises als eines Zeugenbeweises kein Gewicht gelegt werden, zumal bei dem Beweise durch Sachverständige die Feststellung streitiger Thatsachen meist mit deren und sonstiger bereits feststehenden Facta Begutachtung concurrirt, auch gemeinrechtlich die processualischen Formen der einen und anderen Beweisführung ganz analog sind und darüber kein Zweifel sein

kann, daß in dem sogenannten Beweise durch sachverständige Zeugen ein vermittelndes Glied beider Beweisformen anzuerkennen sei. Es ist daher nicht, wie Beklagter vermeint, als eine willkürlich ex officio beliebte mutatio probationis, sondern nur als eine in dem richterlichen Proceßleitungsamte wohl begründete Declaration der Partheianträge aufzufassen, wenn das Stadtgericht, mit Hintansetzung jener offenbar irrthümlich gebrauchten Worte „als Zeugen," verfügt hat, daß die Beweisaufnahme durch Sachverständige auch auf den hier in Frage stehenden Streitpunkt zu erstrecken sei; und liegt hierin zu einer Beschwerde um so weniger Grund vor, als Klägerin zugleich beantragt hatte, daß den ihrerseits producirten Sachverständigen vorgängig ihrer Vernehmung „als Zeugen" Einsicht des beklagtischen Hauses und den darin befindlichen Schreinerarbeiten gestattet werde, nun aber eine solche Ocularinspection, deren Gestattung hier als unvermeidlich sich darstellt und daher nicht, wie Beklagter vermeint, geweigert werden kann, offenbar mehr dem Gebiete des Sachverständigen, als dem des Zeugenbeweises angehört.

4. Womersley & Burt ca. Ansell.

Ebenso wenig steht der Umstand, daß der Zeuge schon früher vor dem Lord-Mayor von London ein Affidavit beschworen hat, seiner Abhörung entgegen, da einestheils die Ausstellung eines Affidavit einer förmlichen eidlichen Zeugenaussage nicht verglichen werden kann, und anderntheils der Grundsatz hier entscheidet, daß selbst nach eröffnetem Rotulus eine abermalige Vernehmung des abgehörten Zeugen statthaft ist, wenn die erste Deposition ohne gehörige Beachtung der gerichtlichen Förmlichkeiten vorgenommen oder sonst nichtig ist,

L. ult. C. de testibus (4, 21).
C. 50 X. eodem (2, 20).
Linde, Lehrbuch der Proc. § 270. Note 11.

wie denn allerdings das, was die gegen den zweiten Eid des Zeugen streitenden Bedenken demselben an Kraft entziehen, durch die früher schon, wenngleich nicht in gehöriger Form, abgelegte eidliche Erklärung ersetzt wird, und namentlich die Analogie der eben angeführten L. ult. C. de testibus dem Einwande des Beklagten klar entgegensteht.

151.

Adam Kurzrock, Kläger und Appellant gegen die **Gemeinde Bornheim**, Beklagte und Appellatin, einen Weg betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 25. März 1858.

I. In der Klage hat Kläger den ganzen Weg, wie er von der Gemeinde Bornheim dermalen benutzt wird (also diejenige Fläche, welche in [56] der Stadtgerichts-Acten mit punktirten Linien sich angedeutet findet), als zu seinem Grundstücke gehörend, bezeichnet. In voriger Instanz aber hat er seinen Anspruch modificirt, indem er nur noch

A. die zwischen der südlicheren punktirten und der von d über e und f nach i hinführenden Linie belegene Fläche (die Ausschreitungen bei e und f) und

B. die Parcelle d, e, f, i, l, m, c reclamiren zu wollen erklärt.

Wenn Beklagte in dieser Beschränkung des klagend verfolgten Anspruchs eine Klagänderung finden will, so ist dieß ebenso grundlos, als wenn sie daraus, daß Kläger in voriger sowohl als gegenwärtiger Instanz seine Beschwerde und Bitte auf Verurtheilung der Beklagten pro petito der Klage (also auf Zuerkennung des ganzen Weges), seine Rechtfertigung aber nur auf die vorher bezeichneten Stücke gerichtet hat, einen Verzicht auf die Appellation folgern zu können glaubt.

Es liegt nichts vor, als ein vollkommen statthafter Verzicht auf die Klage resp. Appellation, soweit damit mehr, als das unter A. und B. erwähnte Object, verfolgt worden war.

Anlangend nun die jetzt noch in Frage stehenden Ansprüche, so war es

ad A. nicht der Weg, wie er im Lagerbuche verzeichnet ist,

sondern der Weg, wie er de facto besteht, dessen Existenz und Benutzung von Seiten der beklagten Gemeinde Kläger in der Klage als Verletzung seines Eigenthumsrechtes bezeichnete. Beklagte hat nun in der Vernehmlassung ganz allgemein behauptet, an dem fraglichen Wege stehe dem Kläger noch ein anderes Recht zu, und wenn sie gleich hierbei „zur Verdeutlichung“ auf den Riß Bezug genommen hat, in welchem der Weg lagerbuchmäßig verzeichnet ist, so konnte doch ihre Vertheidigung nur dahin verstanden werden, daß sie behaupten wollte, der wirklich vorhandene Weg stimme mit dem Lagerbuche vollständig überein und durch dessen Benutzung werde des Klägers Eigenthumsrecht in keiner Weise verletzt. Erst in den höheren Instanzen hat sie (veranlaßt durch die Ergebnisse des Beweisverfahrens und den Vorgang des Stadtgerichts) die Erklärung abgegeben: daß sie auf die fraglichen „Ausschreitungen“ keinen Anspruch mache und das Eigenthumsrecht des Klägers an diesen anerkenne.

Hierdurch hat der fragliche Streitpunkt der Sache nach allerdings seine Erledigung gefunden. Kläger braucht sich aber mit dem bloßen in den Acten liegenden Geständnisse nicht zu begnügen. Es mußte vielmehr seinem Verlangen, daß sein Recht durch ein förmliches, auf Grund dieses Geständnisses zu erlassendes Urtheil anerkannt werde, entsprochen werden.

Die geführten Beweise bedurften hiernach nur noch

ad B. in Beziehung auf die einen Flächenraum von 7 Ruthen 24 Schuh enthaltende Parcelle d, e, f, i, l, m, c des Risses [56] einer Prüfung. Diese Prüfung konnte sich aber, nach Lage der Sache, auf den Beweissatz des Klägers beschränken, in dem sich herausstellte, daß der Letztere für beweisfällig zu achten und es somit auf die Beweis- und Gegenbeweisführung in Betreff der beklagtischen Einredebeweise nicht weiter ankam. Die Bedeutung des klägerischen thema probandum:

> „daß der streitige Weg innerhalb der Grenzen seines Grundstückes sich befinde“

ist die, daß dem Kläger nicht der directe Eigenthumsbeweis in Beziehung auf die von dem Wege eingenommene Grundfläche obliegen, es vielmehr genügen soll, wenn er zu beweisen im Stande ist, daß die

Grenze seines Grundstücks so läuft, daß danach der Weg ganz oder theilweise auf dem letzteren liegt. Nach dem, was vorher über das dermalige Streitobject bemerkt worden, handelt es sich also um den Beweis, daß die Linie l, m, n (oder auch l, m, c) in [56] die Grenze des klägerischen Grundstücks bilde.

1) An sich und abgesehen von dem Gegenbeweise, dürfte allerdings dieser Beweis für erbracht angesehen werden. Denn, daß bis zum Jahre 1811 das damals Brofft'sche, später Kurzrock'sche Grundstück, welches erst im Jahre 1844 in die 4 aus [9] und [56] ersichtlichen Parcellen zerlegt worden ist, mit seiner nördlichen Seite unmittelbar auf die Landwehr gestoßen, ist von der Beklagten ausdrücklich zugestanden, wird auch durch den Bunsen'schen Riß in [41], den Thomas'schen Riß in den Landamts-Acten, den Er- und Verkauf der Landwehr betreffend, sowie das Gutachten der Sachverständigen in [56] bestätigt, und daß damals die Grenze der beiden Grundstücke durch eine gerade Linie, in der Richtung l, m, n des Risses [56] gebildet worden, ergibt sich aus dem Bunsen'schen und Thomas'schen Risse, sowie dem nach [56] aufgefundenen alten Landwehrsteine, wird von den Sachverständigen mit aller Entschiedenheit ausgesprochen und ist dem von der Beklagten ein Widerspruch gar nicht entgegengesetzt worden.

Hierdurch aber wird eine rechtliche Präsumtion dafür, daß das Eigenthum des Klägers bis zu jener Linie l, m, n sich erstreckte, so lange begründet, als nicht eine Veränderung in den Grenzverhältnissen gegenbeweislich dargethan ist.

2) Für diesen Gegenbeweis sind freilich

a) die adjungirten Präfectur- und Landamts-Acten über den in den Jahren 1810—1812 verhandelten Er- und Verkauf der Landwehr unerheblich. Beabsichtigt war beim Ankaufe die Anlegung eines Weges auf dem von der Friedberger Warte zu den Dreimärkern sich erstreckenden Theile der Landwehr.

Vorstellung der Gemeinde Bornheim vom 21. December 1810.
Protocoll vom 29. Januar 1811.

Nach bewirktem Ankaufe wurden aus diesem Theile des Geländes 6 Parcellen gebildet und diese wieder verkauft, die drei der

Warte zunächst liegenden „mit Inbegriff des Weges, der darüber geht.“

Prot. vom 19. April 1811.

Zum Zwecke dieses Wiederverkaufs war der Thomas'sche Riß verfertigt.

Dieser aber gibt die südliche Grenze der einzelnen Parcellen ganz in Uebereinstimmung mit der alten Landwehr-Grenze (in der Richtung l, m, n des Risses [56]) an, ja er bezeichnet speciell in der Nähe der Chaussee den Grenzstein bei m des Risses, und wenn er einen Ausgang des Weges über das südlich angrenzende (damals Brofft'sche) Grundstück mit kleinen rothen Strichen andeutet, so läßt dieß nicht erkennen, ob es sich um einen bereits existirenden oder erst noch anzulegenden Weg handelte, und beweist jedenfalls, daß der Verfasser des Risses der Ansicht war, durch diesen Weg sei oder werde an der alten Eigenthums-Grenze Nichts geändert. Ebenso ist

b) dem Kaufbriefe vom 21. October 1816, durch welchen des Klägers Eltern das fragliche Grundstück von Brofft erworben, besonderes Gewicht nicht beizulegen. Derselbe beschreibt den verkauften Acker im Uebrigen ganz übereinstimmend mit dem Kaufbriefe vom Jahre 1797, nur daß er den Zusatz enthält:

> „so wie derselbe in seinen Furchen und Grenzen, Reinen und Steinen vor Augen liegt, auch von dem Verkäufer bis anhero ruhig besessen und benutzt worden.“

Wenn das Stadtgericht in diesem Zusatze ein Argument für die weder durch die Acten über den Er- und Verkauf der Landwehr, noch durch die Zeugen-Aussagen begründete Annahme findet, daß in der Zwischenzeit eine Absteinung stattgefunden haben müsse, durch welche der fragliche Weg in äußerlich erkennbarer Weise von dem Acker geschieden worden, so kann demselben hierin nicht beigetreten werden. Der fragliche Passus ist ein altherkömmlicher, in Kaufbriefen dortiger Gegend häufig vorkommender, und deutet vielmehr umgekehrt darauf hin, daß die Grenze rechtlich nicht überall unzweifelhaft feststehe und der Verkäufer deshalb nur die Haftung für den factischen Bestand übernehmen wolle. Es kommt hinzu,

daß in dem Kaufbriefe der Flächengehalt des Ackers ganz ebenso angegeben ist, wie in dem älteren:

„3¼ Morgen, einige Ruthen mehr oder weniger,"

was dagegen spricht, daß die Contrahenten sich einer inmittelst vorgegangenen Veränderung oder näheren Bestimmung der Grenzen bewußt gewesen sind, und deshalb den fraglichen Zusatz gemacht haben.

c) Von entscheidender Bedeutung zu Gunsten der Beklagten ist dagegen die Bannvermessung und der Inhalt der in Folge derselben angelegten neuen Karten und Lagerbücher.

Die Bannvermessung beruht auf einer (in den betreffenden Landamts-Acten abschriftlich enthaltenen) Verordnung des Fürsten Primas vom 26. März 1809 und hat durch einen vom Staate dazu angenommenen Geometer unter specieller Aufsicht der Staatsregierung stattgefunden. Der in der Einleitung dieser Verordnung ausgesprochene Zweck war: Beseitigung der unbrauchbar gewordenen alten, und Gewinnung ordentlicher und richtiger neuer Lagerbücher und Flurkarten. Dem mit der Vermessung ꝛc. beauftragte Geometer war in § 3 Abschn. 2 die Zuziehung der Interessenten bei Feststellung und Aussteinung, sowohl der Wege als der Grenzen der Privatgrundstücke, zur Pflicht gemacht, es war für den Fall, daß Scheidungspunkte bestritten werden sollten, ihm insbesondere vorgeschrieben, daß er die Steinsetzung bis zur gütlichen Vergleichung oder richterlichen Entscheidung aussetze. Das Lagerbuch aber sollte nach § 5 in fin, § 6 nebst den dazu gehörigen Karten erst nach der Vermessung der Gemarkung, die ihrerseits wieder (nach § 5) durch jene vorgängige Regulirung der Grenzsteine bedingt erschien, angefertigt werden. Die Vermessung ist, ausweislich der Bescheinigung des mit diesem Geschäfte beauftragten Geometers Bleibtreu und des Bornheimer Feldgerichts vom 24. September 1820, im August 1819 vollendet worden, und deren Resultate sind in den dort näher bezeichneten Karten, den neuen Flur- und Lagerbüchern und einem Ab- und Zuschreibe-Buche niedergelegt. — Daß in diesen Karten und Büchern das betreffende klägerische Grundstück nicht mehr mit der Grenze l, m, n, sondern mit der Grenze i, f, e, d des Risses [56] verzeichnet ist, ergibt sich aus dem Berichte der

Sachverständigen, wird durch [9] und [88] bestätigt und ist in der That vom Kläger gar nicht in Abrede gestellt.

Muß nun aber bei der für die Legalität jener amtlichen Prozeduren streitenden Vermuthung, bis auf Weiteres von der Voraussetzung ausgegangen werden, die neue Grenzlinie sei erst nach vorausgegangener Versteinung, zu welcher des Klägers Rechtsvorgänger zugezogen worden und in die er eingewilligt, resp. erst nach Beseitigung des etwa erhobenen Einspruches in die neuen Karten und Lagerbücher eingetragen worden, so erscheint gegenwärtig diese als die allein zu Recht bestehende, die frühere Grenzlinie aber als beseitigt.

Durch eben jene Vermuthung der Legalität erledigt sich auch der Einwand des Klägers, daß die Lagerbücher einseitig, ohne seine Zuziehung, errichtet worden. Es kann nicht Sache Desjenigen, der diese Bücher für sich hat, sein, auch noch darzuthun, daß der betreffende Eintrag auf gesetzliche Weise zu Stande gekommen, sondern höchstens dem Gegner gestattet sein, nachzuweisen, daß dem Eintrage ein vorschriftmäßiges Verfahren nicht vorausgegangen. Einen hierhin gehenden Beweis aber hat Kläger gar nicht versucht.

Wäre aber auch bei der Bannvermessung eine Regelwidrigkeit vorgekommen, die den Eigenthümer berechtigt hätte, die Beweiskraft der darauf gegründeten Karten und Lagerbücher in Beziehung auf die Grenzen seines in Rede stehenden Grundstücks anzufechten, so müßte diese Berechtigung doch für erloschen erachtet werden.

Nach der auch für die Dorfschaften maaßgebenden

vergl. Bender, Handb. des Frankf. Privatr. § 41 sub 2.

Bestimmung in lib. IX. Tit. 3 § 8 der Reformation,

vergl. über das richtige Verständniß dieser Bestimmung:

Souchay, Anmerk. p. 1238 und

Solms'sche Land.-Ordn. II. 30, 54

beweisen die Grenzsteine, nachdem sie 10 Jahre gestanden, auch wenn nachgewiesen werden könnte, daß bei deren Aufstellung nicht nach gesetzlicher Vorschrift verfahren, namentlich etwa die Vorladung des Betheiligten unterlassen worden. Man kann

α) diese Vorschrift hier direct zur Anwendung bringen. Denn daß bei Gelegenheit der Bannvermessung die Grenze des Kurzrock'schen

Ackers, nach Norden hin, so versteint worden, wie sie sich in [9] und [56] verzeichnet findet, darf nicht wohl bezweifelt werden. Die Instruction für den Land-Geometer, auf welche Bleibtreu verpflichtet worden ist, schrieb (in Uebereinstimmung mit der Verordnung vom 26. März 1809) vor, daß die zu vermessenden Flächen vorher ausgesteint werden sollten und daß zwischen den Steinen keine andere als eine gerade Linie stattfinden dürfe:

Instruction für die bei dem Bannvermessungsgeschäfte der Frankfurter Dorfschaften angestellten Geometer § 3 (in den Acten der Bornheimer Bannvermessung.)

Es ergibt sich daraus, daß an den Punkten i, f. e, d des Risses [56] Grenzsteine gestanden haben müssen. Dieß wird durch den Situationsriß [9] bestätigt, in welchem sich die Grenzsteine an den angegebenen Stellen deutlich bezeichnet finden. Vom Kläger ist freilich die Beweisfähigkeit dieses Risses bestritten, allein er hat dessen Uebereinstimmung mit dem Lagerbuche und in Specie der Gewann, Karte ausdrücklich wie stillschweigend anerkannt.

Die Sachverständigen sehen es denn auch als etwas Selbstverständliches an, daß an den fraglichen Punkten Steine sich befunden haben. Diese Steine müssen aber auch noch im Jahre 1844 vorhanden gewesen sein. Denn damals ist der Kurzrock'sche Acker zwischen dem Kläger und seinem Bruder getheilt, und in Folge dieser Theilung ein neuer Eintrag im Lagerbuche, wie er aus [88] sich ergibt, gemacht worden. Dieß aber konnte (im Hinblick auf § 4 der Verordnung vom 20. October 1825) nicht vor sich gehen, und ist nach der eigenen Erklärung des Klägers nicht vor sich gegangen, ohne daß durch den Geometer eine Absteinung der gemachten Theile und deren Vermessung auf dem Felde vorgenommen wurde, für welche Vermessung das Vorhandensein nicht nur der neu gesetzten, sondern auch der alten Grenzsteine eine nothwendige Vorbedingung bildete. — Kläger hat denn auch zugestanden, daß sich Steine (die er freilich nicht für Grenzsteine gelten lassen will, die aber seiner Beschreibung nach mehr als gewöhnliche Feldsteine gewesen) in der Nähe des Wegs noch nach 1844 vorgefunden haben.

Wenn nun auch bei der Aufnahme der betreffenden Localität durch die Sachverständigen diese Steine nicht mehr vorhanden gewesen sind, so haben sie doch wenigstens von 1820 bis 1844 an den fraglichen

Punkten gestanden und sind hierdurch die Grenzen des klägerischen Grundstücks in unanfechtbarer Weise festgestellt. — Wollte man aber auch dieß, weil doch die Steine jetzt nicht mehr vorhanden sind, beanstanden, so würde jedenfalls

β) hier eine indirecte Anwendung von der in der Reformation festgesetzten 10jährigen Verjährung zu machen sein. Wenn in § 4 der Verordnung vom 20. October 1825 die Beweiskraft der Lagerbücher in Betreff der Grenze eines Grundstücks die der vorhandenen Grenzsteine überbieten soll, so folgt daraus, daß in einem Falle, wo nach dem bisherigen Rechte die Grenzsteine nicht mehr angefochten werden konnten, jetzt auch eine jede Anfechtung der Lagerbücher ausgeschlossen sein muß, daß also die Einträge in diesen letzteren jedenfalls nach dem Ablaufe von 10 Jahren eine absolute Beweiskraft erlangen.

Ob man diese 10 Jahre sofort vom Eintrage an zu rechnen hat, oder erst von da an, wo der betheiligte Grundeigenthümer in die Lage gekommen ist, einen Eintrag der fraglichen Art als geschehen voraussetzen zu müssen, kann für den vorliegenden Fall dahingestellt bleiben. Die Errichtung neuer Lagerbücher für eine ganze Gemarkung mit den ihr vorausgehenden Steinsetzungen und Vermessungen ist ein Vorgang, der für ortsnotorisch gehalten werden darf, und auch dem benachbarten Forensen nicht verborgen bleiben kann. Die Acten über die Bannvermessung liefern überdieß den Nachweis, daß die Grundeigenthümer, und unter ihnen namentlich auch der Vater und Rechtsvorgänger des Klägers, zur Zahlung der Kosten eines Theils der Bannvermessung herangezogen worden sind. Denn nachdem durch Rathsschluß vom 20. November 1820 bestimmt worden, daß von den Gesammtkosten der Bornheimer Bann-Renovation die Eigenthümer der vermessenen Grundstücke und Hofraithen $^2/_5$ zu ersetzen haben, ist am 21. Juli 1821 „das Heberegister über die Beiträge, welche die einzelnen Eigenthümer zu den Vermessungskosten der Bornheimer Gemarkung zu entrichten haben" — in welchem auch Adam Kurzrock mit zu zahlenden Beiträgen aufgeführt ist — vom Landamte für executorisch erklärt und deren Erhebung verfügt worden, und aus dem weiter in den Bannvermessungs-Acten befindlichen Protocolle vom 30. März 1822 ergibt sich, daß eine Erhebung der Kosten von den Einzelnen wirklich stattgefunden hat. —

Wenn es nun gleich an der speciellen Nachweisung einer Zahlung von Seiten des Kurzrock fehlt, so ist es doch nicht möglich, daß alle jene Hergänge an ihm, ohne daß er etwas davon bemerkt, vorübergegangen sein könnten. Seit dem Jahre 1822 aber sind 10 Jahre längst abgelaufen.

Wenn Kläger, um die Beweiskraft des neuen Lagerbuches zu elidiren, noch insbesondere auf den, nach [56] bei dem Punkte m aufgefundenen alten Grenzstein Bezug genommen hat, so bedarf es zur Beseitigung dieser Beweiseinrede nur einer Hinweisung auf die klare, dem Lagerbuche vor den Grenzsteinen den Vorzug einräumende Vorschrift in § 4 der Verordnung vom 20. Octbr. 1825. Die Bestimmung in Reform. IX. 3 § 7 in fin. kann hiernach im vorliegenden Falle nicht zur Anwendung kommen.

3) Hat dem Vorstehenden zufolge Beklagte die Beseitigung der Grenze l, m, n in [56] durch die Grenze d, e, f, i gegenbeweislich vollständig dargethan, so erledigt sich damit auch der eventuell über das Beweisthema vom Kläger deferirte Eid. — Von einem solchen könnte der Sachlage nach nur dann noch die Rede sein, wenn die Eidesdelation auf neuere (seit 1844 vorgekommene) Thatsachen gerichtet wäre, wodurch die frühere Grenze wieder hergestellt worden. Darüber findet sich aber in den gesammten Verhandlungen kein Wort.

II. Wenn der Ausführung unter I. A. zufolge dem Kläger ein Theil des streitigen Wegs als Eigenthum zuzusprechen war, mußte dieß auch auf den Kostenpunkt einen Einfluß üben, da — wie dort bemerkt — Beklagte erst in zweiter Instanz mit der bestimmten Erklärung hervorgetreten ist, daß sie das fragliche Stück nicht in Anspruch nehme; die Prozeßführung des Klägers, so weit sie dieses Stück betrifft, folglich gerechtfertigt erscheint. Erwägt man indeß, daß es nur ein sehr kleiner Theil des Klagobjectes ist, in Bezug auf welchen Kläger obsiegt, und daß, wenn die Klage auf dieses Stückchen beschränkt gewesen wäre, der Prozeß gar nicht vor das Stadtgericht, sondern nur vor das Land-Justizamt gehört haben würde, so konnte jene Folge nur darin bestehen, daß, wie im Urtheile geschehen, die Kosten aller drei Instanzen zu $^1/_{10}$ compensirt wurden, während der übrige Theil derselben dem Kläger zur Last bleiben mußte.

152.

Jandorf & Rambeau zu Niederursel, Kläger gegen **Friedrich Tanner,** dahier, Beklagten, Forderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 1. October 1856.

In Erwägung, daß

1) der am 16. Juli l. J. erkannte Realarrest nur auf die Angabe der Impetranten, daß Impetrat ein Fremder sei, und auf den Buchauszug, nach welchem der Erfüllungsort des Vertrages Frankfurt gewesen sein sollte, in Gemäßheit Art. 53 der Prozeßordnung von 1819 erkannt wurde, in den Verhandlungen jedoch sich jene Angabe als unrichtig und dieser Buchauszug als nicht vollständig mit der dem Impetraten seiner Zeit zugestellten Verkaufsrechnung herausgestellt hat;

2) Beklagter aber ausdrücklich anerkannt, daß auch ohne Arrest der Gerichtsstand für ihn dahier begründet sei; — — —

3) — — — — — — — — — — — — — — —

4) von dem Beklagten in der Hauptsache zugegeben ist, daß er die Waaren um die daselbst aufgeführten Preise erkauft und am 14. Februar l. J. empfangen habe;

5) die erst mit Schreiben vom 12. März l. J. versuchte Aufhebung dieses Kaufs wegen Fehlerhaftigkeit eines Theiles der Waaren aber nach Handelsgebrauch

Blume, Encyclopädie Abth. 2. S. 403.

und nach höchster Rechtsprechung um so mehr zurückgewiesen werden muß, weil die Waaren für die weitere Fabrikation bestimmt war und daher sofort einer Auspackung und näheren Untersuchung unterworfen werden konnte;

wird zu Recht erkannt:

I. Der am 16. Juni l. J. erkannte Realarrest auf einen Ballen

Digitized by Google

Kunstwolle J. R. # 60 bei der Handlung Rind & Lehr wird wieder aufgehoben.

II. Beklagter ist schuldig, den Klägern die eingeklagten 309 fl. sammt Verzugszinsen zu 5 pCt. vom 25. Juni l. J. binnen 14 Tagen zu zahlen und demselben die verursachten Prozeßkosten, mit Ausnahme jedoch der durch die Arrestanlage entstandenen, zu ersetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 26. November 1856.

Auf Appellation des Beklagten.

In Erwägung daß

1) wenn auch die nach den Grundsätzen des Handelsrechts aufrecht zu erhaltende Verpflichtung des Empfängers bestellter Waare: diese alsbald nach Empfang zu untersuchen und nach Befinden dieselben unter Nachrichtgebung dem Absender zur Verfügung zu stellen, nicht so strikt zu verstehen ist, daß nicht dem Empfänger ein modicum tempus einzuräumen wäre, dennoch in dem vorliegenden Falle der Beklagte nicht nur die empfangene Waare in Anbruch genommen, sondern auch mit der Dispositionsstellung des Restes vier volle Wochen gewartet hat, ohne für diese bedeutende Verzögerung irgend einen plausiblen Grund anführen zu können, von einer Redhibition dieser Waaren daher jetzt keine Rede mehr sein kann; dagegen

2) die von dem Beklagten eventuell vorgeschützte exceptio quanti minoris allerdings zu berücksichtigen und deren thatsächlicher Grund zum Beweise zu verstellen war,

wird das angefochtene stadtgerichtliche Erkenntniß vom 1. October l. J. dahin abgeändert:

1) Beklagter ist schuldig, den Betrag des empfangenen Ballens Kunstwolle J. & R. Nr. 61 mit 162 fl. 50 kr. und für den Ballen J. & R. Nr. 60 im Gewicht von 406 Pfd. den zugestandenen Werth von 15 fl. per Centner binnen 14 Tagen an die Kläger zu bezahlen;

2) der Beklagte hat, vorbehaltlich des Gegenbeweises, binnen einer von dem Stadtgericht anzuberaumenden Frist darzuthun:

daß der Ballen J. & R. Nr. 60, netto 406 Pfd. grau Shoddy, anstatt langer, hübscher Wolle, kurze, straubige und knöpfige enthalten habe, und daß diese zur Zeit des Empfanges nur 15 fl. per Centner, oder wie viel mehr bis zu 36 fl., werth gewesen sei.

3) Die Entscheidung über die Verzugszinsen von den ad 1) erwähnten Posten, sowie über die Kosten erster Instanz, mit Ausnahme derjenigen, welche durch die Arrestimpetration erwachsen und zu deren Ersatz die Kläger verurtheilt sind, bleibt ausgesetzt.

4) Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden compensirt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. März 1858.

Auf Appellation des Klägers.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 26. November 1856 zwar im Uebrigen zu bestätigen, der dem Beklagten darin nachgelassene Beweis jedoch dahin festzustellen sei;

daß der Ballen J. & R. Nr. 60, netto 406 Pfd. grau Shoddy, zur Zeit seiner Absendung von Niederursel, anstatt langer, hübscher Wolle, kurze, straubige und knöpfige enthalten habe und daß diese damals nur 15 fl. per Centner, oder wieviel mehr bis zu 36 fl. werth gewesen sei.

Von den Kosten jetziger Instanz wird ein Viertel compensirt, während die Kläger in drei Viertel derselben verurtheilt werden.

Uebrigens wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

A. Die erste Beschwerde der Kläger, soweit sie

I. in der Hauptsache die Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 1. October 1856, also unbeschränkte Verurtheilung des Beklagten verlangt, mußte als unbegründet verworfen werden.

Es handelt sich nach rechtskräftiger Verwerfung der vom Beklagten versuchten gänzlichen Ablehnung des Ballens „grau Shoddy" Nr. 60 nur noch um Zulässigkeit der eventuell von ihm wegen Preisminderung vorgeschützten und in der Sent. a qua zum Beweise verstellten Einrede.

1) Der Hauptgrund, aus welchem die Kläger auch diese Einrede verworfen wissen wollen, ist der, daß der Beklagte erst beinahe 4 Wochen nach dem Empfang die fragliche Wolle untersucht und wegen ihrer Beschaffenheit reclamirt habe, eine solche Verspätung aber auch des Rechtes auf Preisminderung verlustig mache.

Der Berücksichtigung dieses Einwandes steht es nicht entgegen, daß derselbe in der Replikschrift der vom Beklagten nur eventuell vorgeschützten exceptio quanti minoris nicht nochmals speciell entgegengesetzt worden ist. Denn die Kläger erklärten, diese Einrede sei eben so unstatthaft, als die zunächst geltend gemachte Redhibition; unverkennbar sollten damit alle die Einwürfe, welche vorher gegen die verlangte Zurücknahme der Waare ausgeführt worden waren, an dieser Stelle als wiederholt gelten, was um so weniger einem Bedenken unterliegen konnte, da auch der Beklagte die eventuelle Einrede nur in gleich allgemeiner Weise vorgeschützt hatte.

Dagegen stellte sich der klägerische Einwand materiell als verwerflich dar. Die Frage, ob der Empfänger einer Waare dadurch, daß er nicht alsbald dieselbe untersucht und von der vorgefundenen mangelhaften Beschaffenheit dem Absender Anzeige macht, nur des Rechtes auf gänzliche Ablehnung, oder auch des Rechtes auf Preisminderung, verlustig werde, kann auf sich beruhen. Denn jedenfalls ist der Satz, daß die Unterlassung alsbaldiger Untersuchung und Anzeige eine solche Folge habe, nur ein aus den Bedürfnissen des

eigentlichen Handelsverkehrs hervorgegangener, und daher, wie das Ober=Appellationsgericht schon mehrfach ausgesprochen hat, auf den Bereich des Handelsrechtes zu beschränken. Nun kann aber dem vorliegenden Kauf die Eigenschaft eines eigentlichen Handelsgeschäftes nicht beigelegt werden, da derselbe, unter zwei Fabrikanten abgeschlossen, einen Gegenstand betraf, welcher nicht zum Wiederverkauf in wesentlich unverändertem Zustand, sondern zur weiteren Verarbeitung in den Händen des Bestellers (des Beklagten) bestimmt war. In einem solchen Falle treffen die Gründe, welche den obigen Satz hervorgerufen haben und welche darauf beruhen, daß es für den Handelsverkehr erhebliche Störungen mit sich führen würde, wenn der Absender längere Zeit in der Ungewißheit bleiben sollte, ob die gelieferte Waare genehmigt werde, nicht zu, vielmehr muß sich hier der Verkäufer selbst sagen, daß es sehr von den Umständen abhänge, wie bald der Besteller zu der beabsichtigten Verarbeitung und damit zu einer ordnungsmäßigen Untersuchung der Waare schreiten könne. Hier lassen sich demnach nur die Grundsätze vom gewöhnlichen Kaufcontracte anwenden, nach denen es keinem Zweifel unterliegt, daß ein Verzug von mehreren Wochen den Verlust des Preisminderungsrechtes nicht nach sich zieht.

2) Noch unerheblicher sind die übrigen Einwendungen der Kläger. Sieht man von dem ab, was über die Voraussetzungen für die Anwendung des ardilitischen Edictes vorgebracht worden, da die Kläger selbst anerkennen, daß es sich hier der Sache nach von der exceptio non rite adimpleti contractus handle, sowie auch von der keine Widerlegung verdienenden Behauptung, daß der Beklagte wegen des angeblichen Minderwerthes den Kauf auf Grund einer laesio enormis hätte anfechten müssen, so sind die weiteren Einwürfe der Kläger folgende:

a) Die exceptio non rite adimpleti contractus sei in erster Instanz gar nicht vorgeschützt. Auf den Namen kommt es indessen nicht an, und es ist klar, daß der Beklagte mit der vorgeschützten exceptio quanti minoris überhaupt die durch die angeführten Thatsachen begründete Preisminderung verlangte.

b) Die Einrede sei nicht gehörig substanzirt, theils weil der Beklagte in erster Instanz von den behaupteten Fehlern nur zum

Digitized by Google

Zwecke der Redhibition gesprochen habe, theils weil die gerügten Eigenschaften für Kunstwolle nicht als Fehler betrachtet werden könnten, auch gar nicht behauptet sei, daß dadurch die Brauchbarkeit der Wolle verringert werde.

Der erste Grund ist unrichtig, da der Zusammenhang der Exceptionsschrift keinen Zweifel läßt, daß die zunächst zum Zwecke der Redhibition behaupteten Fehler eventuell auch zur Begründung der exceptio quanti minoris dienen sollten. Der andere Grund widerlegt sich dadurch, daß ausdrücklich vom Beklagten behauptet wurde, der fragliche Ballen habe kein Kaufmannsgut, keine dem Preis entsprechende Waare enthalten; statt lang und hübsch sei die Wolle kurz, straubig und knöpfig gewesen. Es ist also behauptet, daß diese Eigenschaften eine Abweichung von derjenigen Beschaffenheit bilden, wie sie der Kunstwolle als ordentlichem Kaufmannsgut zukommt und in diesem Sinne wird auch der auferlegte Beweis geführt werden müssen. Der Beweis des Minderwerthes ergibt aber von selbst auch die verringerte Brauchbarkeit.

c) Durch Verbrauch der aus dem Ballen entnommenen 50 Pfd. Wolle, des $1/8$ des Ganzen, habe sich der Beklagte des Rechts auf Preisminderung begeben. Allein durch Anbrechung einer gelieferten Waare macht sich der Empfänger nur des Rechtes auf Rückgabe, nicht auf Preisminderung, verlustig.

d) Auch der Brief des Beklagten vom 12. März 1856 enthalte einen Verzicht auf Preisminderung, indem es daselbst heiße, er könne die graue Wolle nicht brauchen, selbst wenn sie noch so billig sein sollte. Diese Aeußerung drückt jedoch nur den entschiedenen Willen aus, die empfangene Wolle zur Disposition zu stellen, und kann für den Fall, daß die Rückgabe ein Hinderniß finden sollte, keineswegs als Verzicht auf Preisminderung aufgefaßt werden.

e) Der auferlegte Beweis sei, wenn richtig normirt, ein unmöglicher. Dieß läßt sich aber im Voraus nicht behaupten und bloße Schwierigkeiten eines Beweises können die Zuerkennung desselben nicht hindern.

II. Insoweit die erste Beschwerde der Kläger zugleich gegen die Fassung der sententia a qua in Betreff der Kosten der Arrest-Impetration gerichtet ist, konnte derselben ebenfalls keine Folge gegeben

werden. Denn da dem Beklagten durch die Arrest-Impetration keine Kosten erwachsen sind, so drückt der Ausspruch, daß die Kläger zum Ersatz der durch die Arrest-Impetration entstandenen Kosten verurtheilt seien, nichts anderes aus, als daß die Kläger diese Kosten zu tragen hätten, wie dieß der Sache nach schon vom Stadtgerichte erkannt worden war. Den Klägern ist daher durch jenen Ausspruch eine Beschwerde gar nicht zugefügt worden.

B. Die eventuelle zweite Beschwerde der Kläger mußte dagegen für begründet erachtet werden. Die Partheien sind darüber einverstanden, daß der Transport der Wolle auf Gefahr des Beklagten ging. Nun liegt es aber, wie das Ober-Appellationsgericht in den Frankfurter Sachen

Gebrüder Heim ca. Borgnis & Cons. Juli 1857*).

Lüdeking ca. Ranke. September 1857**).

ausgesprochen hat, in der Natur der Sache, daß das Dasein von Fehlern an einem Kaufgegenstande wegen deren eine Reclamation erhoben wird, für den Zeitpunkt vor Uebergang der Gefahr auf den Käufer nachgewiesen werden muß. Danach kommt es also hier auf den Zeitpunkt der Absendung an. Freilich würde, wenn der Beklagte beweist, daß die Wolle beim Empfang die gerügten Fehler und darum einen bestimmten Minderwerth gehabt habe, hieraus unbedenklich bis zum Beweis eines anderen Sachverhalts auf das Dasein dieses Minderwerthes zur Zeit der Absendung zurückgeschlossen werden dürfen, da nur ein Tag dazwischen liegt. Allein da dieß nur eine factische Präsumtion ist, so kann dadurch die Normirung nicht bestimmt werden.

C. Die Compensation der Kosten voriger Instanz ist durch die daselbst erfolgte Abänderung der Hauptentscheidung gerechtfertigt. Von den Kosten jetziger Instanz mußte dagegen, wegen der untergeordneten Bedeutung der zu Gunsten der Kläger ergehenden reformatoria, der größere Theil den Klägern zur Last gelegt werden.

---

*) Siehe diese Sammlung Band III. Seite 257.

**) Siehe diese Sammlung Band III. Seite 292.

153.

Gebrüder Leser, Kläger gegen **Melas & Gernsheim**, Beklagte, wegen Forderung.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 1. October 1856.

1) — — — — — — — — — — — — — — — —

2) — — — — — — — — — — — — — — — —

3) In der Klagschrift haben die Kläger vorgetragen, daß ihnen die Beklagten mehrere Parthieen Leder verkauft und dabei die Garantie geleistet hätten, für einen Nutzen von 8 pCt. bei dem Wiederverkaufe dieser Waaren in Havanna einstehen zu wollen. Bei der durch ihre Commissionäre, die Handlung Rebuetta, Demestre & Leser in Havanna, vorgenommenen Veräußerung sei jedoch dieser Gewinn nicht erzielt worden, sondern sogar noch ein Capital-Verlust entstanden. Die Beklagten seien daher schuldig, ihnen jenen zugesicherten Gewinn und diesen Verlust, welche sie auf zusammen 667 fl. 33 kr. berechnen, nebst Verzugszinsen von dem Tage der Klagbehändigung zu ersetzen. Eine weiter berechnete Zinsenforderung von 45 fl. haben sie in der Gegenerklärung fallen lassen.

4) Die Beklagten erkennen zwar ihr Schreiben vom 6. Mai 1855 als ächt an, bestreiten aber, daß die daselbst zugesicherte Garantie auch auf den von den Klägern durch einen Commissionär vorgenommenen Verkauf auszudehnen sei. In dieser Hinsicht steht ihnen denn allerdings zur Seite, daß in dem erwähnten Schreiben mit bestimmten Worten ein direkter Verkauf zur Bedingung gemacht worden ist und daß mit diesem Ausdruck nur ein solcher Verkauf bezeichnet werden konnte, welcher entweder unmittelbar von hieraus oder wenigstens durch ein eigenes Handlungshaus der Kläger in Havanna vorzunehmen war. Für eine derartige Auslegung spricht

einmal der Wortlaut und dann auch der Umstand, daß zur Annahme, die Beklagten hätten sich ganz unbedingt dem unbeschränkten Ermessen der Kläger überlassen wollen, keine Veranlassung zu finden ist. Die Beklagten um deßwillen als für der eingeklagten Forderung geständig zu erachten, weil sie nach Mittheilung der aus Havanna eingekommenen Rechnungen nicht sofort Einwendungen vorgebracht haben, liegt gleichfalls ein rechtlicher Grund nicht vor. Dagegen würde das erwähnte Schreiben alsdann eine Auslegung zu Gunsten der Kläger zulassen, wenn, wie sie erläuternd in der Gegenerklärung angeben, nach Handelsgebrauch der Ausdruck „directer Verkauf" bei überseeischen Geschäften die Bedeutung haben sollte, daß damit eine unmittelbare Versendung an den überseeischen Bestimmungsort ohne Vermittelung eines Commissionärs in einem europäischen Seehafen bezeichnet zu werden pflegt.

Es ist daher in dieser Richtung den Klägern Beweis nachzulassen. Auf der anderen Seite ist aber auch alsdann den Beklagten zu verstatten, ihre Behauptung, daß ihnen vor ihrer Garantie-Ertheilung von den Klägern oder von einem derselben die bestimmte Zusage gemacht worden sei, daß sie ein eigenes Haus in Havanna hätten, ihrerseits zu erweisen. Denn in diesem Falle würde unter allen Umständen der Ausdruck „directer Verkauf" nicht anders ausgelegt werden dürfen, als oben angegeben wurde.

5) Was die Rechnungen selbst betrifft, so kommt vor Allem in Betracht, daß hier kein von beiden Theilen gemeinschaftlich ausgeführtes Geschäft in Frage steht. Bei einer solchen Sachlage läßt es sich aber nicht rechtfertigen, die Kläger anzuhalten, daß sie ihre vollständige Correspondenz den Beklagten vorlegen und damit denselben eine Einsicht in ihre ganze Geschäftsverbindung verstatten.

Die Beklagten sind zwar, auch wenn sie sich eine genaue Prüfung nicht vorbehalten hätten, vollkommen berechtigt, nicht allein Rechnungsstellung, sondern auch Belege für die einzelnen Rechnungsposten zu beanspruchen, sie müssen aber damit zufrieden sein, wenn ihnen auf jede prozessualisch zulässige Weise die Richtigkeit der Angaben bewiesen wird.

Dieser den Klägern obliegende Beweis hat sich dahin zu erstrecken, einmal, daß für die einzelnen Waarenposten nur die in

der Rechnung [14] und [15] der Acten aufgeführten Preise erlöst worden sind, zweitens, daß die berechneten Fracht- und sonstigen Unkosten ihre Richtigkeit haben, wobei sie sich rücksichtlich des Zolles der Anlage [27] der Acten, soweit sie damit auszulangen glauben, mitbedienen können und drittens, daß die Ansätze für Zinsen und Provision wahrheitsgemäß und üblich sind.

Den Beklagten, deren Klageinlassung für den vorliegenden Fall vollkommen genügend erscheint, ist dagegen der Beweis der Simulation vorzubehalten.

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

I. — — — — — — — — — — — — — — —

II. Die Kläger haben binnen 14 Tagen zu erweisen:

1) daß nach Handelsgebrauch bei überseeischen Geschäften der Ausdruck „directer Verkauf" dann üblich sei, wenn die Waare unmittelbar ohne Vermittelung eines Commissionärs in einem europäischen Seehafen an den überseeischen Bestimmungsort versendet wird.

2) die Richtigkeit der vorgelegten Rechnungen [14] und [15] der Acten dahin, daß

a) für die daselbst aufgeführten Waarenposten nur die angegebenen Verkaufspreise von 1508 Doll. 80 Cts. und 1932 Doll. erlöst worden sind,

b) die daselbst in Ansatz gebrachten Spesen für Fracht, Zoll ꝛc. mit 328 Doll. 26 Cts. und 437 Doll. 25 Cts. wirklich verausgabt werden mußten;

c) die in Anrechnung gebrachten Zinsen und Provision von 57 Doll. 63 Cts. — 57 Doll. 68 Cts. — 84 Doll. 90 Cts. und 48 Doll. 30 Cts. wahrheitsgemäß und in diesen Ansätzen üblich sind.

III. Den Beklagten bleibt, außer dem Gegenbeweis im Allgemeinen, binnen gleicher Frist zu beweisen überlassen:

A. daß ihnen von den Klägern oder einem derselben vor Leistung der Garantie die Zusage gemacht worden sei, daß sie in Havanna ein eigenes Handlungshaus hätten;

B. daß die Rechnungen [14] und [15] der Acten nur simulirt seien.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 12. December 1856.

Auf beiderseitige Appellation.

Das Schreiben der Beklagten vom 6. Mai 1855, welches für die vorliegende Sache als lex contractus zu betrachten ist, garantirt den Klägern

> nach directem Verkauf der fraglichen Waaren in Havanna einen reinen Nutzen von acht Prozent.

Dieser Wortlaut des Contracts — directer Verkauf in Havanna — läßt keine andere, als die von dem Richter der vorigen Instanz angenommene, Auslegung zu. Die Garantie ist nur für den Fall geleistet, daß die Kläger die Waaren in Havanna direct verkaufen würden. Die Bezugnahme auf eine mit dem klaren Wortsinn in Widerspruch stehende, angeblich handelsgebräuchliche Deutung jener Vertragsstelle ist um so unstatthafter, als das Vorgeben, daß bei überseeischen Geschäften unter directem Verkauf nur so viel verstanden werde, daß der Gebrauch eines Vermittlers zur Versendung nach dem überseeischen Platze ausgeschlossen sei, offenbar ein für den Begriff: directer Verkauf ganz unwesentliches Moment, den Gebrauch oder Nichtgebrauch eines Spediteurs, unterschiebt und diesen willkürlich als zweiten Verkaufscommissionär bezeichnet, der doch offenbar mit dem stipulirten directen Verkauf „in Havanna" gar nichts zu schaffen hatte und an den nicht gedacht sein konnte. Jedenfalls würde, wenn die Kläger eine von der Natur des Geschäfts und von dem einfachen Wortsinn der gebrauchten Ausdrücke so gänzlich abweichende Bedeutung der letzteren beabsichtigt hätten, es ihre Sache gewesen sein, eine bestimmtere Ausdrucksweise zu veranlassen.

Da actenmäßig feststeht, daß ein directer Verkauf der fraglichen Waaren nicht stattgefunden hat, mithin die Bedingung, unter welcher die Garantie von den Beklagten geleistet worden, nicht eingetreten, sonach die Klage pure zu verwerfen ist, so fallen die in dem angefochtenen Erkenntnisse auferlegten resp. nachgelassenen Beweise und Gegenbeweise von selbst hinweg und wird daher, unter Verwerfung

der Appellation der Kläger auf den Grund der Berufung der Beklagten,

das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 1. October l. J. wieder aufgehoben, die vorliegende Klage abgewiesen und klagender Theil zum Ersatze der Kosten erster Instanz verurtheilt.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz haben die Kläger dem Beklagten zur Hälfte zu erstatten, die andere Hälfte wird compensirt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 27. Mai 1858.

Auf Appellation der Kläger.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 12. December 1856 aufzuheben und dasjenige des Stadtgerichts vom 1. October 1856, wiewohl mit der Abänderung:

daß die Kläger die mit dem Handlungshause Rebuetta, Demestre & Leser zu Havanna über das fragliche Verkaufsgeschäft geführte Correspondenz den Beklagten zu ediren verbunden seien,

wieder herzustellen und die Kosten voriger und jetziger Instanz durchgängig zu compensiren seien.

Und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

A. Von den in der Hauptsache entstehenden Beschwerden der Kläger beziehen sich die mittelst des grav. I. jetziger Instanz wiederholten beiden ersten Beschwerden voriger Instanz, sowie die grav. II., III. und IV. der jetzigen Instanz auf die Frage, ob und in wie weit die Kläger nach Verkauf der in Rede stehenden lakirten Kalbs-

felle in Havanna, auf Grund der von den Beklagten übernommenen Garantie für einen Gewinn von 8 pCt., Vergütung des Mindererlöses in Anspruch nehmen können. Die mittelst des grav. I. jetziger Instanz gleichfalls wiederholten Beschwerden 3 und 4 voriger Instanz betreffen dagegen die weitere Frage, ob die von den Klägern aufgestellte Berechnung des Mindererlöses erst noch eines Beweises bedürfe oder nicht.

Soviel nun

I. jene erste Frage betrifft, so kommt hier Alles

1) auf die Auslegung der schriftlichen Garantie-Zusage an, welche in dem Briefe des Beklagten vom 6. Mai 1855 enthalten ist, indem zwar die Partheien darüber einig sind, daß der Vertrag unter ihnen bereits vorher mündlich zum Abschluß gekommen sei, die Kläger aber darüber, daß ihnen nicht vom Stadtgerichte nachgelassen worden sei, einen günstigeren Inhalt der mündlichen Uebereinkunft nachzuweisen, gar keine Beschwerde erhoben haben, es also ganz dahin gestellt bleiben kann, ob sie sich nach vorbehaltloser Annahme jenes Briefes noch mit Erfolg darauf hätten berufen können.

Unbedenklich mußte man sich nun hinsichtlich der brieflichen Erklärung der Beklagten der Ansicht des Stadtgerichts anschließen und war demnach der Sinn der Zusage zwar dahin aufzufassen, daß die Beklagten einen Gewinn von 8 pCt. nur für einen, ohne Vermittelung eines Commissionärs vollzogenen, Verkauf haben garantiren wollen, die von den Klägern in der Replik aufgestellte abweichende Auslegung jedoch als geeignet zu einem Beweisnachlaß anzuerkennen.

a) Die Zusage ist dahin gefaßt:

„daß ihnen nach direktem Verkauf dieser Waare in Havanna ein reiner Nutzen von 8 pCt. übrig bleiben muß.“

Es ist also klar, daß die Garantie nur für einen durch direkten Verkauf zu erzielenden Erlös gegeben werden sollte. Daß der Ausdruck „direkter Verkauf“ nicht etwa dazu bestimmt sein konnte, die Vermittelung von Spediteuren zur Versendung auszuschließen, darüber sind die Partheien nicht in Streit und bedarf dieß auch gar keiner Ausführung. Der Ausdruck bildet vielmehr im kaufmännischen Verkehr seiner ordentlichen und völlig klaren

Bedeutung nach den Gegensatz zum Verkauf durch einen Commissionär. Dieß stellen die Kläger auch gar nicht in Abrede, meinen aber, entweder hätten sich die Beklagten des Ausdruckes ohne Ueberlegung und ohne demselben eine Bedeutung beizulegen, bedient, oder er habe nur den Zweck gehabt, die Vermittelung des Verkaufs durch Commissionäre in einem europäischen Seehafen auszuschließen. Allein die erstere Behauptung verdient gar keine Berücksichtigung, da in Erklärungen, wodurch Rechtsverhältnisse festgestellt oder beurkundet werden sollen, ohne besondere Rechtfertigungsgründe kein Wort als überflüssig oder bedeutungslos behandelt werden darf. Hier wo es sich für die Beklagten darum handelte, eine wichtige Verpflichtung schriftlich gegen sich anzuerkennen und wo ihnen nothwendig der erhebliche Einfluß des direkten oder indirekten Verkaufes auf den zu hoffenden Netto-Erlös gegenwärtig sein mußte, liegt nicht der mindeste Anlaß zur Annahme einer unüberlegten Ausdrucksweise vor, um so weniger, da sowohl der ganze Brief, als die hier fragliche Stelle — welche, wenn sie auch mitten in den sonstigen Context des Briefes eingerückt ist und nicht den größten Theil desselben einnimmt, sich doch keineswegs als eine bloß nebenbei gethane Aeußerung darstellt — in durchaus klarer und präciser Sprache abgefaßt ist. Die zweite Behauptung aber, daß nicht der Verkauf durch einen Commissionär in Havanna, sondern nur die vorgängige Vermittelung durch einen europäischen Commissionär, also ein doppeltes Commissionsverhältniß habe ausgeschlossen werden sollen, wird durch den Wortlaut in keiner Weise unterstützt. Wenn es heißt, den Klägern müsse nach direktem Verkauf in Havanna ein reiner Nutzen von 8 pCt. bleiben, so ist damit, auch wenn man die Worte „in Havanna" nicht besonders betont, genügend bezeichnet, daß ein von den Klägern unmittelbar ausgehender Verkauf vorausgesetzt werde, nicht bloß ein doppeltes, sondern jedes Commissionsverhältniß habe ausgeschlossen werden sollen. Dazu kommt noch bestätigend, daß in dem vorletzten Satze des Briefes die Kläger ersucht werden, „ihre respektiven Abnehmer in Havanna" auf einen daselbst bemerkten Umstand aufmerksam zu machen, welche Ausdrucksweise mindestens, ihrer gewöhnlichen Bedeutung nach, auf ein Verhältniß der Kläger zu direkten Käufern hinweist.

Nur anderweite besondere Umstände können daher berechtigen, dem Ausdruck „direkter Verkauf" statt der dem Wortlaut entsprechenden absoluten eine bloß relative, auf Ausschließung doppelten Commissionsverhältnisses gerichtete Bedeutung beizulegen.

Die Kläger machen in dieser Hinsicht, abgesehen von dem unten zu besprechenden Handelsgebrauch, hauptsächlich geltend: da sie kein eigenes Haus in Havanna hätten, an einen Verkauf von Frankfurt aus an bereits ermittelte feste Abnehmer in Havanna aber ebenso wenig zu denken gewesen sei, als an eine Reise der Kläger nach Havanna zum Zwecke des Verkaufes, so habe nur der Verkauf durch einen Commissionär in Havanna vorausgesetzt werden können. Wenn gleich nun an eine Reise der Kläger nach Havanna allerdings nicht zu denken war, auch ein Verkauf der Kläger an Abnehmer in Havanna direkt von Frankfurt aus wenigstens zu den ungewöhnlichen Fällen gehörte, so folgt doch daraus keineswegs, daß die Beklagten einen direkten Verkauf durch die Kläger für nicht wohl ausführbar hätten halten müssen.

Die Beklagten wollen auf Grund mündlicher Aeußerung der Kläger vorausgesetzt haben, daß die Letzteren ein eigenes Haus in Havanna unter Leitung ihres Bruders hätten. Wie es sich damit in Wirklichkeit verhält, steht zur Zeit nicht fest, die Kläger geben aber zu, daß ein Bruder von ihnen Theilhaber der Handlung in Havanna sei, welche den hier fraglichen Verkauf besorgt hat und über die Stellung dieser Handlung zu den Klägern, auch wenn sie eine selbstständige sein sollte, konnte sehr leicht ein Irrthum bei den Beklagten obwalten. Ein erheblicher Zweifel gegen die absolute Bedeutung von „direktem Verkauf" würde daher nur begründet sein, wenn die Beklagten gewußt hätten, daß die Kläger kein eigenes Haus in Havanna hätten. Dieß ist aber von den Klägern nicht einmal behauptet worden. Die Kläger machen weiter geltend, auch die Correspondenz der Partheien spreche für ihre Auffassung, indem die Beklagten auf die Mittheilung der ersten Verkaufsrechnung (5. October 1855) gar nicht geantwortet, nach Mittheilung der zweiten (21. Januar 1856) aber lediglich eine genaue Prüfung als Bedingung ihrer Garantie bezeichnet und deßhalb Einsicht der Original-Papiere verlangt, von dem Einwande, daß die Garantie

sich nicht auf einen Commissionsverkauf beziehe, aber kein Wort erwähnt hätten.

Es ist indessen von selbst klar, daß aus diesem Verhalten in keiner Weise der Rückschluß gemacht werden kann, die Beklagten müßten die Garantie-Zusage im Sinne der Klägerin aufgefaßt haben. Gleich unerheblich ist der von den Klägern endlich noch hervorgehobene Umstand, daß die Beklagten in ihrer Provocation vom 4. März 1856 das unter den Partheien abgeschlossene Geschäft als Verkaufs-Commission bezeichnet haben. Wie aus dieser, beiderseits als irrig anerkannten, Angabe folgen soll, daß die Beklagten die Kläger für befugt gehalten haben müßten, den Verkauf in Havanna durch einen Commissionär besorgen zu lassen, ist nicht abzusehen.

Wird aber hiernach der an sich klare Wortlaut der schriftlichen Zusage auch durch die concreten Umstände zur Zeit nicht zweifelhaft gemacht, so kann die Erheblichkeit des vom Stadtgerichte zu Gunsten der Beklagten hervorgehobenen weiteren Argumentes, es sei nicht anzunehmen, daß die Beklagten sich ganz unbedingt dem unbeschränkten Ermessen der Kläger hätten überlassen wollen, dahin gestellt bleiben.

b) Dieses Resultates ungeachtet, mußte aber abweichend vom Appellationsgerichte die Möglichkeit der von den Klägern vertheidigten Auffassung der Garantie-Zusage anerkannt werden. Die Kläger berufen sich darauf, daß nach Handelsgebrauch bei überseeischen Geschäften der Ausdruck direkter Verkauf nur die Vermittelung des Geschäfts durch Commissionäre in einem europäischen Seehafen, nicht aber den Commissionsverkauf am Bestimmungsorte, ausschließe. Ohne Grund erinnert das Appellationsgericht mit den Beklagten hiergegen, es werde damit ein für den Begriff „direkter Verkauf" ganz unwesentlicher Moment, der Gebrauch oder Nichtgebrauch eines Spediteurs, untergeschoben. Denn selbst wenn für den Absatz einer Waare am überseeischen Bestimmungsorte ein Commissionsverkauf vorausgesetzt wird, ist doch die nächste Vermittelung des Geschäfts durch einen europäischen Commissionär etwas nicht selten vorkommendes, und dieser wird dadurch keineswegs zu einem bloßen Spediteur. Auch abgesehen von dem Fall, daß der Fabrikant (oder sonstige Absender) wegen leichter und schneller zu erlangenden Vorschusses auf seine Waare ein Interesse haben kann, die Sache

diesen Gang nehmen zu lassen, kommt es dabei am meisten auf die geeigneten Geschäftsverbindungen mit dem Bestimmungsorte an. Fehlen diese dem Fabrikanten, so bedient er sich der Vermittlung eines Handlungshauses (in einem europäischen Seehafen), dem solche Verbindungen zu Gebote stehen, und es handelt sich dabei nicht um bloße Spedition, oder, wie die Beklagten meinen, um einfache Ermittelung und Mittheilung einer überseeischen Firma. Es kann weder vorausgesetzt werden, daß die überseeischen Firmen sich ohne Weiteres mit jedem, bekannten oder unbekannten, Fabrikanten direkt einlassen würden, noch daß das angegangene europäische Handlungshaus geneigt wäre, die Vortheile seiner überseeischen Verbindungen jedem Geschäftsfreunde preis zu geben. Es bleibt daher in vielen Fällen nichts Anderes übrig, als die Waare, wofür ein überseeischer Markt gesucht wird, einem europäischen Handlungshause in wirkliche Consignation zu geben und dieses tritt dann auch in die volle Verantwortlichkeit eines Commissionärs ein.

Erwägt man nun, daß der Absatz der Waaren durch Commissionäre an den überseeischen Bestimmungsorten das durchaus Gewöhnliche ist, indem der europäische Vermittler nur ausnahmsweise zugleich ein eigenes Haus am Bestimmungsorte besitzen oder sonst in der Lage sein wird, direkt verkaufen zu können, so wäre es sehr wohl denkbar, daß sich über das Verständniß des Ausdrucks „direkter und indirekter Verkauf" ein Handelsgebrauch der von den Klägern behaupteten Art gebildet hätte. Es würde dabei der Commissionsverkauf am Bestimmungsorte als der Regel nach sich schon von selbst verstehend vorausgesetzt und der Begriff der Unterscheidung nur auf die weitere Belastung des Geschäftes durch eine europäische Consignation bezogen sein. Sollte aber diese handelsübliche Bezeichnung begründet sein, so wäre damit auch der vom Appellationsgerichte angenommene Widerspruch mit dem Wortsinne der Garantiezusage von selbst beseitigt und könnte den Klägern die Annahme des Briefes, ohne sich gegen den Ausdruck zu verwahren, nicht präjudiciren. Vom Appellationsgerichte wird zwar auch noch auf den unmittelbar folgenden Zusatz „in Havanna" Gewicht gelegt; allein dem Zusammenhange nach läßt sich nicht behaupten, daß darin mehr als die einfache Bezeichnung des Bestimmungsortes liegen müsse.

Digitized by Google

Ebenso wenig ist die schon erwähnte Stelle im vorletzten Satze des Briefes, worauf sich die Beklagten in zweiter Instanz berufen haben, entscheidend gegen die Kläger. Denn, durfte der durch einen Commissionär in Havanna vermittelte Verkauf einmal ein direkter genannt werden, so läßt auch die Bezeichnung „Abnehmer der Kläger" keinen sicheren Schluß dafür zu, daß ein solcher Commissionär als ausgeschlossen gedacht worden sei. Es bedarf schließlich kaum der Erwähnung, daß der Einwand der Beklagten (in zweiter Instanz), bei einem Commissionsverkauf in Havanna hätten die Kläger zu einem Verkauf unter 8 pCt. Gewinn der Einwilligung der Beklagten bedurft, jedes Grundes entbehrt.

2) Prüft man auf Grund des bisher Ausgeführten die einzelnen Beschwerden, so ergibt sich

a) die Begründung der zweiten Beschwerde jetziger Instanz, welche der Sache nach die Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses verlangt, von selbst, da die in voriger Instanz erfolgte Abweisung der Klage nur darauf beruht, daß der Beweis einer vom gewöhnlichen Wortsinne abweichenden Deutung des Briefes [6] für unstatthaft erachtet wurde. Damit erledigen sich denn für jetzt die nur eventuell aufgestellten grav. III. und IV. jetziger Instanz, welche dahin gerichtet sind, daß den Klägern wenigstens der nach Abzug der Commissionskosten übrig bleibende Rest der eingeklagten Summe hätte zugesprochen werden sollen, ein Verlangen, über welches das richterliche Urtheil beim künftigen Definitiverkenntnisse offen bleibt, wenn es nach dem Ergebniß der Beweis-Instanz noch darauf ankommen sollte.

Ebenso folgt aber aus dem Bisherigen

b) daß zu Gunsten der Kläger nicht weiter gegangen werden konnte, als bis zur Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses die beiden ersten klägerischen Beschwerden voriger Instanz daher unbegründet sind.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob die Beschränkung der Garantie auf einen direkten Verkauf durch die Kläger als Einrede aufzufassen ist, oder vielmehr die Behauptung unbeschränkter Garantie zum Klaggrunde gehörte. Denn jedenfalls ist die von dem Beklagten behauptete Beschränkung durch den Brief [6] nach dem Obigen

so weit liquid gestellt, daß es nur den Klägern überlassen bleiben kann, eine vom gewöhnlichen Wortsinn abweichende Auslegung besonders nachzuweisen. Die Beweislast konnte daher nicht anders vertheilt werden. Wenn die Kläger dagegen in jetziger Instanz noch geltend machen, die Beklagten hätten sich zu ihrer Vertheidigung principaliter nicht auf den Brief [6], sondern auf den Umstand berufen, daß ihnen von den Klägern mündlich versichert worden sei, sie hätten ein eigenes Haus in Havanna, so bedarf dieß keiner näheren Widerlegung. Denn wenn die Beklagten auch diese mündliche Versicherung an erster Stelle anführten, so haben sie doch auch sofort die Behauptung daran angeknüpft, daß die durch die mündliche Versicherung bedingte Garantie=Zusage in dem Briefe [6] ausgedrückt sei und haben zu diesem Zwecke die fragliche Stelle besonders herausgehoben. Reicht die Urkunde aber hin, die Beschränkung der Garantie liquid zu machen, so bedarf es für die Beklagten nicht erst des Beweises der vorausgegangenen mündlichen Aeußerung.

II. Was die zweite der im Eingange erwähnten Fragen, die von den Klägern aufgestellte Berechnung des Mindererlöses betrifft, so geht die dritte Beschwerde der Kläger in voriger Instanz dahin, daß die Berechnung für bereits außergerichtlich von den Beklagten anerkannt hätte erachtet werden müssen, die vierte dahin, daß sie wegen mangelhafter Einlassung in jetzigen Proceß als zugestanden anzusehen sei.

Beide Beschwerden waren aber völlig unbegründet. Die angebliche Anerkennung der Beklagten ist nicht etwa als selbstständige Behauptung aufgestellt worden, so daß ein Beweis darüber nachzulassen gewesen wäre, sondern wird lediglich daraus hergeleitet, daß theils die Beklagten auf Mittheilung der ersten Verkaufsrechnung im October 1855 gar nicht geantwortet hätten, theils der Mitbeklagte Melas bei Vorlegung der betreffenden Original=Papiere keine Erinnerung gegen die Rechnung selbst vorgebracht, sondern nur geäußert habe, er wünsche die Sache durch seinen Compagnon Gernsheim geordnet zu sehen. Daß aber das Stillschweigen auf Mittheilung einer Schuldberechnung keine Anerkennung der letzteren in sich schließt, versteht sich ebenso von selbst, als daß die bemerkte Aeußerung des Melas — wie es sich auch mit der unter den Partheien streitigen

Art und Weise der Vorlegung der Papiere verhalten haben mag — eine Anerkennung geradezu ausschließt.

Gleich grundlos ist die Rüge mangelhafter Einlassung. Die Beklagten haben die Wahrheit, Angemessenheit und Ueblichkeit der berechneten Posten ausdrücklich in Abrede gestellt und von einer Pflicht zur Angabe des anderen Sachverhaltes kann da keine Rede sein, wo die sich einlassende Parthei gar nicht in der Lage ist, eigene Wissenschaft von den fraglichen Thatsachen zu haben.

S. Frankf. Präjud. Pillot ca. Gerold, December 1851*),
Aron ca. Dietz Nachlaß, Decbr. 1852.

B. Mußte die sent. a qua auf Grund der zweiten klägerischen Beschwerde jetziger Instanz aufgehoben werden, so lebten die von den Beklagten in voriger Instanz aufgestellten beiden eventuellen Beschwerden wieder auf.

Die eine derselben, welche dahin geht, daß den Beklagten für ihren Gegenbeweis nicht ausdrücklich die Benutzung der in den Acten enthaltenen Beweismittel vorbehalten worden sei, ist gegenstandlos, da sich dieser Vorbehalt von selbst versteht und es bedarf nur der Bemerkung, daß, wenn sich die Beklagten namentlich auf die mehrerwähnte Stelle im vorletzten Satz des Briefes [6] beziehen, gar nicht abzusehen ist, wie diese Stelle mit den Beweissätzen, welche das stadtgerichtliche Erkenntniß aufgestellt hat, in irgend einem Zusammenhange stehen soll.

Die andere Beschwerde ist dahin gerichtet:

daß der Antrag der Beklagten auf Vorlage der (klägerischen) Original-Correspondenz aus Havanna verworfen worden sei;

und diese mußte für begründet erachtet werden.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob die von den Klägern wegen des fraglichen Geschäftes mit ihren Commissionären in Havanna gewechselten Briefe nicht im Verhältniß zu den Beklagten, vermöge der von diesen geleisteten Garantie, als documenta quasi communia anzusehen sein würden. Denn jedenfalls entscheidet für das Editionsgesuch hier schon die prozessualische Pflicht der Kläger, den Beklagten alle zu ihrer Vertheidigung dienlichen Urkunden zur Einsicht vorzu-

*) Siehe Seite 84.

legen. Daß aber die fragliche Correspondenz ihrer Natur und Bestimmung nach geeignet ist, den Beklagten Vertheidigungsmomente zu liefern, unterliegt keinem Zweifel. Es versteht sich dabei übrigens von selbst, daß die von den Klägern nach Havanna gerichteten Briefe nur in den Copien, die von dort erhaltenen Antworten aber in den Originalen vorzulegen sind, sowie daß es den Klägern unbenommen bleiben muß, wenn die Correspondenz sich zugleich auf andere nicht hierher gehörige Geschäfte beziehen sollte, die geeigneten Vorkehrungen zu treffen, um die Einsicht der Beklagten auf solche Theile derselben nicht mit ausdehnen zu lassen.

C. Soviel den Kostenpunkt betrifft, so war es Folge der Hauptentscheidung, daß die in dem stadtgerichtlichen Erkenntnisse enthaltene stillschweigende Aussetzung der Kosten erster Instanz ebenfalls wieder hergestellt werde. Auf die Kosten zweiter Instanz bezieht sich die fünfte Beschwerde der Kläger in jetziger Instanz, und diese stellte sich insoweit als begründet dar, daß die fraglichen Kosten durchgängig zu compensiren waren, da die beiderseitigen Beschwerden gegen das stadtgerichtliche Erkenntniß, bis auf das Editionsgesuch der Beklagten, hätten verworfen werden müssen. — Die Kosten jetziger Instanz waren in Folge der Hauptentscheidung gleichfalls zu compensiren.

Auszug aus den Seite 83 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

Gerold ca. Pillot. 1851.

Der Kläger hat der Vorschrift des Art. 34 der provis. Gerichtsordnung, die nur eine bestimmte Erklärung über das Vorbringen des Gegners zur Pflicht macht, um so mehr genügt, als durch das Verhältniß selbst die Erklärung des Klägers, daß ihm diese Vorgänge zwischen dritten Personen unbekannt seien, sich rechtfertigt und dadurch die Vorschrift des § 37 des J. R. A., welche es der Parthei, welche sich über Thatsachen zu erklären hat, zur Pflicht macht, sich nicht auf das bloße Negiren zu beschränken, sondern auch anzugeben, wie sich die Sache anders verhalte, ihre Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall verliert.

154.

Carl Küchler, Kläger gegen B. H. Goldschmidt, Beklagten, Lucca-Pistoja-Eisenbahn-Actien betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 12. September 1856.

Kläger hat sich am 18. April 1853 auf eine ihm von dem Beklagten zugekommene Einladung*) bei einer „Anleihe von

*) Dieselbe lautet folgendermaßen:

Zur Vollendung der Eisenbahnlinie von Lucca nach Pistoja, von welcher die größere Strecke von Lucca nach Pescia bereits in Exploitation ist, wurde die Gesellschaft dieser Eisenbahn von der Toscanaschen Regierung ermächtigt, eine Anleihe von 5,250,000 Lire Prioritäts-Actien aufzunehmen.

Diesen Prioritäts-Actien sind, laut Großherzogl. Decrete vom 8. Decbr. 1852 und 4. März 1853, von der Toscana'schen Regierung 5 pCt. Zinsen pr. Anno auf 99 Jahre garantirt; außerdem werden diese Prioritäts-Actien gleichmäßig mit den Stammactien (im Betrage von 8,400,000 Lire) an dem Mehrertrage der Gesammtstrecke von Lucca nach Pistoja participiren, nachdem die Besitzer der Stammactien 2½ pCt. Zinsen erhalten haben werden.

Nach den mit großer Genauigkeit aufgenommenen Daten dürfte auf eine Rentabilität bei dieser Bahn von bedeutend mehr als 10 pCt. zu rechnen sein, da solcher durch den Anschluß an die Bahn von Pistoja nach Florenz, von Lucca nach Pisa und an die große italienische Central-Bahn, eine große Zukunft bevorsteht.

Von diesen 5,250,000 Lire Prioritäts-Actien sind nun für den hiesigen Platz 3,000,000 Lire reservirt worden, auf welche das Haus B. H. Goldschmidt in Frankfurt a. M. Einzeichnungen entgegennimmt und zwar zum Cours von 93 pCt.

Die Einzeichnungen sind zu leisten:

20 pCt. bei der Einzeichnung,
20 „ am 14. Mai dieses Jahres,
20 „ „ 15. Juni „ „
20 „ „ 15. Juli „ „
13 „ „ 15. August „ „

5,250,000 Lire Prioritäts-Actien," behufs der Vollendung der Eisenbahnlinie von Lucca nach Pistoja, mit 15,000 Lire zum aufgelegten Course von 93 pCt. betheiligt und auch die betreffenden Original-Ausfertigungen Nr. 13,851 bis 13,950 nach vollständiger Einzahlung ausgeliefert erhalten.

Diesen von ihm mit dem Beklagten abgeschlossenen Kauf ficht er nun aus den Gründen an, weil wesentliche Bedingungen von dem Verkäufer arglistig verschwiegen worden und bestimmt gemachte Zusicherungen unrichtig gewesen seien, namentlich aber weil er ein ganz anderes Kaufobject, als versprochen worden sei, erhalten habe. Er sei berechtigt gewesen, Anlehens-Obligationen, bei welchen die Eisenbahngesellschaft ihm gegenüber als Schuldnerin zu erscheinen habe, zu erwarten, statt dessen habe er aber Actien erhalten, durch welche er, wenn auch mit gewissen Vorzugsrechten, zum Mitunternehmer gemacht werden solle. Er beantragt daher, die Beklagten zur Zurückzahlung des empfangenen Kaufpreises sammt Zinsen zu 5 pCt. vom 1. Februar 1855, an welchem Tage die Gesellschaft die Zinsenzahlung eingestellt habe, oder wenigstens zum Ersatze des durch eine Verfügung der erwähnten Werthpapiere festzustellenden Minderwerthes zu verurtheilen.

2) Diese Klage stellt sich zunächst als die Contractsklage, actio emti, dar, es kann ihr daher die aus dem ädilitischen Edicte hergenommene Einrede der Verjährung mit Wirkung nicht entgegen gesetzt werden. Ebenso ist zur Legitimation des Klägers die Vorlage der erkauften Actien nicht erforderlich.

3) In der Sache selbst stellt Beklagter nicht in Abrede, daß Kaufgeschäft mit dem Kläger in der angegebenen Weise abgeschlossen

---

bei dem Bankhause H. H. Goldschmidt in Frankfurt a. M. à 24 kr. Reichswährung für eine Lire Toscana. Es steht übrigens den Zeichnern frei, die Einzahlungen zu antizipiren, und treten sie von dem Tage ihrer jeweiligen Einzahlungen in den Zinsgenuß von 5 pCt.

Die entsprechenden Original-Prioritäts-Actien in Beträgen von 1500 Lire werden mit halbjährigen Zins-Coupons und besonderen Dividenden-Scheinen versehen, welche in Florenz und auch in London und Frankfurt a. M. bei den Bankhäusern der Gesellschaft zahlbar sind.

Frankfurt a. M., den 28. April 1853.

und die bezeichneten Actien geliefert zu haben. Nicht minder gibt er zu, daß diese s. g. Prioritäts-Actien keine Schuldverschreibungen der Gesellschaft, sondern wirkliche Actien seien, durch welche deren Inhaber Mitglied der Actien-Gesellschaft geworden und somit allen Bedingungen der Statuten und Concessions-Decrete dieser Actiengesellschaft unterworfen worden sei.

4) Bei der rechtlichen Beurtheilung kommt zunächst in Betracht, daß in dem von dem Beklagten ausgegebenen Programme die ausgeschriebene Geldaufnahme eine Anleihe genannt ist. Dieser unzweideutige Wortlaut ließ aber allerdings nur die Auslegung zu, daß von der betreffenden Eisenbahn-Gesellschaft die Eingehung eines gewöhnlichen Schuldverhältnisses den Unterzeichnern gegenüber beabsichtigt werde.

Wollte die Gesellschaft ihr Capital durch Ausgabe einer zweiten Serie Stammactien vergrößern, so würde jedenfalls der Ausdruck Anleihen ein so außergewöhnlicher gewesen sein, daß er einer deutlich ausgesprochenen Erläuterung bedurft hätte. Eine solche Erläuterung ist aber, wie Beklagter vermeint, in dem Zusatze „Prioritäts-Actien" nicht zu finden. Mit diesem Namen werden vielmehr gerade umgekehrt gemeinhin und auch in der Rechtssprache diejenigen Urkunden belegt, welche keine Theilnahme an der Gesellschaft, sondern nur eine reine Obligation dieser gegenüber begründen sollen.

Savigny, Obligationenrecht. Bd. 2. S. 114.
Beseler, deutsches Privatrecht. Bd. 3. S. 308.
Brinkmann, Handelsrecht. S. 254.

Zu der Annahme aber, daß durch den neben den fest zugesicherten Zinsen in Aussicht gestellten Dividenden-Antheil die rechtliche Natur dieser s. g. Prioritäts-Actien geändert worden sei, liegt kein genügender Grund vor.

Hiernach muß die Behauptung des Klägers, daß ihm Werthpapiere von ganz anderer Beschaffenheit und mit ganz anderen Eigenschaften, als in dem Programm angegeben wurde, geliefert worden seien, als richtig und der Antrag, daß wegen wesentlichen Irrthums hinsichtlich des Kaufobjects der abgeschlossene Kaufvertrag für nichtig zu erklären sei, als gerechtfertigt erscheinen.

Wenn daher Beklagter ferner sich darauf berufen zu können

glaubt, daß Kläger diesen Irrthum lediglich selbst verschuldet habe, da in dem Programme durch Bezugnahme auf die betreffenden Großherzoglich-Toscanischen Regierungs-Decrete ihm genügende Gelegenheit geboten gewesen sei, sich vollständig über die rechtliche Natur der angebotenen Actien zu unterrichten, so steht ihm in dieser Beziehung schon entgegen, daß diese Decrete in italienischer, also in einer dahier nicht allgemein verständlichen Sprache und in einem auswärtigen, dahier nicht leicht zugänglichen, öffentlichen Blatte, im Monitore Toscano erlassen waren, und daß durch die ganz außergewöhnliche kurze Anmeldungsfrist, von Morgens bis zum Mittage 3 Uhr, von ihm selbst eine nähere Prüfung der Verhältnisse geradezu unmöglich gemacht worden war. Hiervon abgesehen ist aber auch in diesem Regierungserlasse nicht einmal die erforderliche Aufklärung zu finden. Auch in dem Decret vom 8. December 1852 ist im Eingange nur von einer Anleihe die Rede, und die rechtliche Natur der auszugebenden sogenannten privilegirten Actien überall nicht genauer angegeben.

Eine genügende Aufklärung würde jedenfalls nur aus den von der Eisenbahngesellschaft selbst aufgestellten Bedingungen zu ersehen gewesen sein, diese sind aber in dem Programme weder aufgeführt, noch auch nur in Bezug genommen.

Mit Unrecht hält endlich Beklagter auch dem Kläger die auf der Rückseite der ausgegebenen Prioritäts-Actien aufgedruckte Anzeige entgegen. Einmal ist nämlich Kläger durch die Annahme dieser Actien seines nach dem Obigen begründeten Anspruches auf Auflösung des Kaufgeschäftes nicht verlustig geworden und zweitens ist auch hier nur soviel angegeben, daß auch den privilegirten Actien ein Stimmrecht in den General-Versammlungen mit den Stammactien eingeräumt worden sei.

Aus der Einräumung dieser Befugniß, von der übrigens nicht einmal ersehen werden kann, ob ihr dieselbe Ausdehnung wie den Stammactien gegeben werden wollte, folgt aber noch keineswegs, daß die Inhaber der privilegirten Actien deßwegen ohne ihre Zustimmung auch allen Verpflichtungen der Stammactien-Inhaber unterworfen werden sollten und unterworfen werden konnten.

Dagegen spricht andererseits für ein Verschulden des Beklagten

an den vorliegenden Mißverständnissen der Umstand, daß sich derselbe nicht deutlicher in seinem Programme ausgedrückt hat. Hierzu hatte er aber um so mehr Veranlassung, weil er einerseits verschwieg, daß, wie sich jetzt herausstellt, das Geschäft nur eine Privatspeculation mit von einem Dritten (der Gebrüder Gandell) erkauften Actien war, andererseits aber durch die Bemerkung, es seien 3,000,000 Lire für hiesigen Platz reservirt, die wohlbegründete Vermuthung hervorrief, daß er als Banquier der Eisenbahngesellschaft selbst handle und auf diese Weise ein Vertrauen zu seinen Angaben in Anspruch nahm, welches ihm ohne diese Bemerkung vielleicht nicht geworden sein würde.

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

> Beklagter ist schuldig, dem Kläger gegen Rücklieferung der fraglichen Actien Nr. 13,851 bis 13,950 die erhaltenen 15,000 Lire zum Cours von 93 pCt. mit Zinsen zu 5 pCt. dieser also zu berechnenden Summe vom 1. Februar 1855 an binnen 14 Tagen zurückzuzahlen und demselben die verursachten Streitkosten zu ersetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 24. December 1856.

Auf Appellation des Beklagten.

Der Kläger hat aus dem ädilitischen Edicte nicht geklagt, es kann darum auch die Frage, ob hier eine Verjährung der Edictsklage vorliege, auf sich beruhen.

Der Grund der Contractsklage, welche erhoben ist, beruht vor Allem auf dem angeblichen Mangel der Identität des verkauften Objectes, und die Berechtigung zur Rescission wird hergeleitet:

a) aus dem dolus des Beklagten,

b) aus einem error essentialis causam dans,

c) ex jure cesso.

Ein dolus malus des Beklagten ist nun aber in actis nicht zu befinden, womit auch die Klage ex jure cesso, soweit solche auf die bonitas nominis gerichtet ist, sofort hinwegfällt. Eben so wenig

ist dem Beklagten ein culposes Verschulden zu imputiren, welchem nicht eine gleich große Negligenz des Klägers ausgleichend gegenüber stünde.

Im Uebrigen geht der Kläger und mit ihm das Stadtgericht von der Ansicht aus, daß ersterem Werthpapiere von ganz anderer Beschaffenheit und mit ganz anderen Eigenschaften, als in dem Programm angegeben, geliefert worden seien und wird hierauf die Verurtheilung des Beklagten gegründet. Es ist jedoch in dieser Beziehung die Sache zu einer Verurtheilung keineswegs reif.

Die stadtgerichtliche Auffassung beruht im Wesentlichen auf den Worten „Anleihe" und „Prioritäts-Actien" des Programmes, allein nach demjenigen, was der Beklagte, namentlich in der gegenwärtigen Instanz über die Bedeutung des Wortes „Prioritäts-Actien" im Gegensatze zu dem Worte „Prioritäts-Obligationen" beigebracht hat, im Zusammenhalte mit dem unbestrittenen Satze, daß die Bedeutung der im Geschäftsleben üblichen Bezeichnungen weniger aus dem recipirten Worte selbst, als aus dem Begriffe, welchen das Geschäftsleben damit verbindet, entnommen werden muß, ist es zur Zeit in hohem Grade zweifelhaft, ob aus dem Worte „Prioritäts-Actien" gefolgert werden darf, daß dem Kläger etwas wesentlich anderes geliefert worden sei, als was er gekauft hat.

Auch der Gebrauch des Wortes „Anleihe" in dem Programm ist in dem vorliegenden Falle nicht geeignet, die Ansprüche des Klägers ohne Weiteres zu rechtfertigen, denn demjenigen, was daraus gefolgert werden will, steht der actenmäßige Umstand, daß die angeblichen Darleiher auch durch Dividenden an den Erträgnissen des Unternehmens betheiligt werden und bei den General-Versammlungen der Gesellschaft stimmberechtigt sein sollen, mit der hiernach nicht zurückzuweisenden Folgerung entgegen, daß die Zeichner ꝛc. der sogenannten Prioritäts-Actien nicht sowohl als Gläubiger der Gesellschaft, denn als Theilhaber derselben, wenn gleich rücksichtlich der Zinsen bevorzugt, betrachtet werden müssen, worauf denn auch die Verbindung der beiden Worte „Anleihe von — — Prioritäts-Actien" in dem Programme ebenso hinzuweisen scheint, als die fehlende Angabe über Rückzahlung und deren Modus.

Hieraus ergibt sich aber mit Nothwendigkeit, daß eine Verur-

theilung des Beklagten nicht gerechtfertigt, vielmehr der Kläger vorerst noch anzuhalten ist, den thatsächlichen Grund seiner Klage zu erweisen.

Diesemnach wird abändernd zu Recht erkannt:

Kläger wird mit der erhobenen Klage abgewiesen und ist schuldig, die dem Beklagten in erster Instanz erwachsenen Kosten zu erstatten, er könnte und wollte denn Gegenbeweis vorbehalten, innerhalb einer vom Stadtgericht anzuberaumenden Frist rechtlicher Ordnung darthun:

„daß es dictum et promissum des Beklagten gewesen, daß die Zeichner der sogenannten Prioritäts-Actien der Lucca-Pistoja-Eisenbahn nicht Theilhaber der Gesellschaft zur Erbauung dieser Eisenbahn, sondern lediglich Gläubiger dieser Gesellschaft sein würden,"

worauf in der Sache, wie der Kosten wegen, anderweit zu erkennen was Rechtens.

2) Beiden Theilen steht es frei, bei dem Beweisverfahren der für Beweis oder Gegenbeweis in den Acten etwa liegenden Momente sich mitzubedienen.

3) Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden verglichen und sind die Voracten zurückzusenden.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 31. Mai 1858.

Auf beiderseitige Appellation.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 24. December 1856 aufzuheben und dagegen die im Erkenntnisse des Stadtgerichts vom 12. September desselben Jahres ausgesprochene Verurtheilung des Beklagten wieder herzustellen sei, es könnte und wollte denn der Letztere dem Kläger, Gegenbeweis vorbehältlich, binnen einer vom Stadtgerichte anzusetzenden Frist wie Recht erweisen:

daß der Kläger entweder als er auf die fraglichen Actien beim Beklagten gezeichnet, oder doch als er die Certificate über diese Actien entgegengenommen, von dem Inhalte des Art. 1 des Großherzogl. Toscanischen Decrets vom 8. Dcbr. 1852 in Betreff der Lucca-Pistoja-Eisenbahn Kenntniß gehabt habe;

in welchem Falle sowohl in der Hauptsache als wegen der Kosten erster Instanz anderweitig zu erkennen sei, was Rechtens.

Die Kosten der vorigen Instanz sind durchgängig, die der gegenwärtigen zur einen Hälfte zu compensiren, und in die andere Hälfte der Beklagte zu verurtheilen; und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Der Kläger gründet seine auf Rescission des mit dem Beklagten geschlossenen Kaufcontracts über 100 Stück Lucca-Pistoja-Eisenbahn-Prioritäts-Actien gerichtete Klage zunächst

I. darauf, daß es in dem vom Beklagten am 18. April 1853 erlassenen s. g. Programm auf Grund dessen Kläger bei demselben auf die fraglichen Papiere gezeichnet habe, heiße, daß zur Vollendung der Eisenbahn-Linie von Lucca nach Pistoja die Gesellschaft dieser Eisenbahn von der Toscanischen Regierung ermächtigt worden sei, eine Anleihe von 5,250,000 Lire Prioritäts-Actien aufzunehmen und daß er, Kläger, hienach habe erwarten dürfen, durch Erwerbung solcher Prioritäts-Actien Gläubiger und zwar mit Pfand oder Vorzugsrecht versehener Gläubiger der fraglichen Gesellschaft zu werden, während er jetzt erfahren, daß er ein nur hinsichtlich der Zinsen privilegirter Mitactionär geworden sei. Wenn

A. das Stadtgericht diesen factischen Anfechtungsgrund als zutreffend anerkannt und deßhalb eine Verurtheilung des Beklagten ausgesprochen hat, so konnte dem nicht beigetreten werden.

1) Es lag im Programm überall keine klare Offerte solcher Papiere, wie der Kläger vermeintlich gekauft haben will.

a) Nicht begründet nämlich ist die Annahme des Stadtgerichts, daß unter „Prioritäts-Actien" gemeinhin auch in der Rechtssprache nur solche Urkunden verstanden würden, welche die Inhaber zu Gläubigern, nicht zu Theilhabern einer Actien-Gesellschaft machen. Denn

α) die dafür angeführten Schriftsteller haben diese Auffassung nur den Privilegien und Statuten preußischer Eisenbahngesellschaften entnommen, und selbst in so weit erscheint sie nicht unbedenklich. Denn wenn gleich in Preußen von Eisenbahngesellschaften emittirte Papiere unter dem Namen Prioritäts-Actien vorkommen, welche die Inhaber derselben zwar einerseits zu Mitgliedern der Gesellschaft, wiewohl ohne Stimm- und Wahlrecht und ohne Anspruch auf Dividenden machen, andererseits aber allerdings sie in den Fällen, für welche ihnen ausnahmsweise ein Rückforderungsrecht eingeräumt, in das Verhältniß von Gläubigern der Gesellschaft treten lassen,

Nachtrag zum Statut der Magdeburg-Köthen-Halle-Leipziger Eisenbahn-Gesellschaft vom 28. März 1840 (Gesetzsammlung von 1851 S. 743 u. f.),

Nachtrag zu dem Statute der Berlin-Anhaltischen Eisenbahngesellschaft, bestätigt den 7. December 1840 (ebendas. 1840 S. 376 u. f.),

Nachtrag zum Statut der Berlin-Frankfurter Eisenbahn-Gesellschaft vom 26. August 1842 (ebendas. 1842 S. 300 u. f.),

Nachtrag zum Statut der Oberschlesischen Eisenbahn-Gesellschaft vom 8. Februar 1843 (ebendas. 1843 S. 170 u. f.),

Nachtrag zum Statut der Niederschlesisch-Märkischen Eisenbahn-Gesellschaft vom 27. Juni 1845 (ebendas. 1845 S. 459 u. f.),

so hat die Creirung solcher Papiere unter diesem Namen doch nur in dem kurzen Zeitraum von 1840 bis 1845 stattgefunden und es sind später an ihre Stelle die Prioritäts-Obligationen getreten, deren Charakter als reiner Schuldurkunden über ein aufgenommenes Darlehn völlig klar hervortritt.

S. z. B. Dritter Nachtrag zum Statut der Niederschlesisch-Märkischen Eisenbahn-Gesellschaft vom 9. Juli 1847 § 5 (ebendas. 1847 S. 345),

Plan der Thüringischen Eisenbahn-Gesellschaft vom 23. Juli 1847 § 5 (ebendas. 1847 S. 290),

Privilegium über eine Anleihe der Cöln-Mindener Eisenbahn-Gesellschaft vom 8. October 1847 § 4 (ebendas. 1847 S. 364).

Anderentheils kommen aber auch bei preußischen Eisenbahn-Gesellschaften Prioritäts-Actien vor, welche ihre Inhaber überall nicht zu Gläubigern, sondern nur zu Mitgliedern der Gesellschaft machen und zwar zu solchen, welche freilich des Stimmrechts entbehren, dagegen gewisse Zinsen prioritätisch vor den übrigen Mitgliedern zu erheben und überdieß, gleich diesen, Dividenden zu genießen haben.

Solche Prioritäts-Actien finden sich namentlich bei der Rheinischen Eisenbahn-Gesellschaft und unter dem Namen: Prioritäts-Stamm-Actien u. a. bei der Niederschlesischen Bahn

Preuß. Gesetzsamml. 1848 S. 168.

β) Daß außer Preußen und namentlich in der Geschäftssprache Süddeutschlands Prioritäts-Actien in der Bedeutung von Schuldurkunden vorkommen, constirt überall nicht.

Vielmehr scheint in Süddeutschland sehr genau zwischen Prioritäts-Obligationen und Prioritäts-Actien unterschieden zu werden, wie davon gerade das vom Kläger beigebrachte Coursblatt den Beweis liefert, indem solche Papiere, die in Norddeutschland häufig wenigstens da, wo es auf den genauen Begriff nicht ankommt, mit dem letzteren Ausdruck bezeichnet werden, dort als Obligationen vorkommen (Appellationsgerichts-Acten Nr. 12 Rubrik „Diverse Fonds," womit auch sämmtliche übrigen zu den Acten gekommenen süddeutschen Coursblätter übereinstimmen), während die jetzt streitigen Papiere dort einfach als Prioritäten aufgeführt stehen (Appellationsgerichts-Acten Nr. 12 Rubrik „Staatspapiere," indem das dahinter stehende „ditto" sich unverkennbar nur auf die darüber stehenden Worte „bei B. H. Goldschmidt" bezieht.

Vergl. auch Noback, Münz-, Maaß- und Gewichtsbuch, Heft 3 S. 209.

Hiernach kommt:

b) Alles darauf an, ob nach dem übrigen Inhalte des obgedachten Programms der Kläger zu der Annahme berechtigt war, es würden unter dem Namen Prioritäts-Actien Obligationen ausgeboten.

Nun läßt es sich zwar einerseits nicht verkennen, daß der in dem Programm gebrauchte Ausdruck „Anleihe" von 5,250,000 Lire geeignet ist, dieser Annahme das Wort zu reden, da, wer einer Gesellschaft darleiht, Gläubiger derselben wird. Allein darauf, daß der Ausdruck Anleihe hier nicht im eigentlichen juristischen Verstande, sondern in dem uneigentlichen Sinne einer Vermehrung des Anleihecapitals durch ein Geldgeschäft mit einem zur Emittirung von Actien ermächtigten Bankhause gebracht sei, mußte der Kläger

α) schon dadurch hingeleitet werden, daß Nichts über die bei solchen Anleihen doch jedenfalls die Regel bildende Rückzahlung gesagt war, ganz besonders aber

β) durch die im Programm enthaltene Angabe, daß die Prioritäts-Actien nicht bloß 5 pCt. Zinsen erhalten — und eine Zinse kommt bekanntlich auch häufig bei eigentlichen Actien vor, als die fructus civiles des in die Gesellschaft eingeschlossenen Capitals —

Pöhl's Recht der Actiengesellschaften S. 233 u. f.

sondern auch gleichmäßig mit den Stammactien an dem Mehrertrage der Gesammtstrecke von Lucca nach Pistoja participiren, also eine Dividende beziehen würden. Denn eine Theilnahme an den Dividenden ist bei Gläubigern einer Gesellschaft, besonders wenn sie schon 5 pCt. Zinsen genießen, jedenfalls sehr auffallend und mit ihrer Stellung nicht wohl zu vereinigen, wie sie denn selbst in Preußen gezeigtermaßen nur bei eigentlichen Prioritäts-Actien, deren Inhaber nicht Gläubiger sind, stattfindet.

Hiernach stellte sich das, was unter Prioritäts-Actien im Programm gemeint sei, mindestens als sehr zweifelhaft dar.

Sodann aber

2) steht dem Kläger hier die Einrede der Genehmigung entgegen.

Der Kläger hat die fraglichen Original-Certificate empfangen, behalten und 1½ Jahr hindurch die Zinsen derselben erhoben und

dieß gerügt, um ihn mit dem Grunde der Anfechtung des Kaufes, daß er nach dem Programm die Prioritäts-Actien für Obligationen gehalten habe, zurückzuweisen. Denn beim Empfange der Actien war es Pflicht des Klägers zu untersuchen, ob dieselben von der im Programm prädicirten Natur und Eigenschaft seien. Nur dann würde der Empfang ihm nicht präjudiciren, wenn er selbst bei pflichtmäßiger Prüfung sich darüber zu vergewissern außer Stande gewesen sein sollte. Allein davon kann hier keine Rede sein.

Denn schon die Einsicht der empfangenen Original-Actien konnte bei dem Kläger über die wahre Natur derselben einen vernünftigen Zweifel nicht übrig lassen. Es werden hier nämlich

a) die Actien actions privilégiées genannt, eine Benennung, die mehr noch als die „Prioritäts-Actien" an sich schon den Gedanken ausschließt, daß es Schuldscheine, Obligationen seien, die deren Inhaber zu Gläubigern der Gesellschaft machen.

b) Die Eigenschaft der Inhaber als wirklicher Actionäre, also Mitglieder der anonymen Gesellschaft, wird aber ganz außer Zweifel gesetzt, durch die Reihe, daß dieselben in den Versammlungen gleiches Stimmrecht haben mit den Inhabern der Stammactien — (comme les porteurs d'actions originairement émises). —

Denn als etwas Unerhörtes darf es bezeichnet werden, daß Gläubiger einer Gesellschaft in deren Angelegenheiten ein Stimmrecht haben. Selbst die preußischen Prioritäts-Stammactien, die den gegenwärtigen übrigens sich vergleichen lassen, entbehren, wie oben nachgewiesen, eines solchen Stimmrechts gänzlich.

c) Der auf der Rückseite der Actien abgedruckte Extract aus dem Decrete vom 8. December 1852 hat, wie es ganz gewöhnlich ist und also auch als dem Kläger bekannt vorausgesetzt werden darf, den Zweck, den Inhaber des Papiers mit allen Rechten desselben bekannt zu machen und dieser Auszug gedenkt nur des Vorzugsrechts, dessen sich die Actien in Beziehung auf die Zinsengarantie zu erfreuen haben, keines Vorzugsrechts in Beziehung auf das Capital, keines Kündigungsrechts, kurz er enthält nichts, was auch nur entfernt darauf hinweist, daß die Inhaber Gläubiger der Gesellschaft seien.

Jedenfalls war es, wenn dem Kläger nach Einsicht der Actien über deren wahre Natur noch ein Zweifel blieb, nunmehr bei

Empfang derselben seine Pflicht, sich entweder beim Beklagten, als seinem Verkäufer nähere Aufklärung darüber zu erbitten, oder sich diese auf anderem Wege, z. B. durch Einsicht der einschlagenden Decrete, zu verschaffen. Unterließ er dieß, nahm er die Actien ohne Weiteres an, behielt sie Jahrelang und bezog deren Zinsen, so kann er jetzt unmöglich mit dem Vorgeben gehört werden, er habe seither, verleitet durch das Programm, die Actien für eine ganz andere Art von Papieren gehalten, als sie in Wahrheit seien. Hieraus ergibt sich denn zugleich

B. daß auch das vorige Erkenntniß, in so fern es dem Kläger den Beweis nachläßt:

> daß es dictum et promissum des Beklagten gewesen sei, daß die Zeichner der fraglichen Prioritäts-Actien nicht Theilhaber, sondern lediglich Gläubiger der betreffenden Gesellschaft sein würden,

nicht bestätigt werden konnte; denn der völlig begründeten Einrede der Genehmigung gegenüber kann es auf diesen Beweis nicht mehr ankommen. Ueberdieß aber hat sich der Kläger wegen solches dictum lediglich auf das sogenannte Programm, nicht daneben noch auf eine Zusage des Beklagten berufen.

Es kommt mithin nur noch darauf an, ob der weitere, von den bisherigen Richtern keiner Beurtheilung unterzogene, Inhalt des Programms dem Antrage des Klägers zur Seite steht.

Wenn in dieser Beziehung der Kläger

II. geltend macht, daß im Programm die Stamm-Actien als ein Capital von 8,400,000 Lire betragend, angegeben seien, während doch das ursprünglich intendirte Actien-Capital längst vor Ausgabe des Programms auf 3,508,000 Lire reducirt gewesen sei, so hängt dieser Punkt mit dem vorigen eng zusammen. Hätte nämlich der Kläger keinen Grund zu der Annahme, daß er als Inhaber der zu zeichnenden Prioritäts-Actien Gläubiger der Gesellschaft sein werde, so war ihm der wahre Betrag des ursprünglichen Stammcapitals nicht nur ein völlig gleichgültiger, sondern die eingetretene Reduction desselben im Hinblick auf den Bezug von Dividenden sogar vortheilhaft und in Beziehung auf diesen Bezug findet sich die gerügte Angabe gerade im Programm.

III. Wenn ferner der Kläger sich darauf beruft, daß im Programm gesagt sei, daß nach den mit großer Genauigkeit aufgenommenen Daten auf eine Rentabilität der fraglichen Eisenbahn von bedeutend mehr als 10 pCt. zu rechnen sein dürfte, so ist dieß eine im Handelsverkehr nur zu gewöhnliche, aber völlig unverfängliche Anpreisung des zu Kauf gebotenen Gegenstandes, von der es überdieß weder vom Kläger behauptet, noch auch an sich ohne Weiteres anzunehmen ist, daß sie in der subjectiven Ueberzeugung der Unternehmer der Bahn nach den von ihnen angestellten Berechnungen zureichenden Grundes entbehrt habe, wie denn auch gar nicht zu sagen ist, ob, wenn das Unternehmen gehörig geleitet wäre, die gemachte Verheißung nicht in Erfüllung gegangen sein würde.

IV. Die weitere Rüge, daß durch die Aeußerung im Programm, es seien von den zu emittirenden 5,250,000 Lire Prioritäts-Actien für Frankfurt 3,000,000 Lire reservirt, auf welche Beklagter Zeichnungen entgegennahme, sich dieser unwahrer Weise als Banquier der Gesellschaft dargestellt habe, der gegen eine gewöhnliche Provision handle, ist völlig unerheblich. Denn selbst wenn dieß richtig wäre, so würde doch selbstverständlich darin kein zureichender Rechtsgrund liegen, auf Rescission des Handels anzutragen.

Es bleibt daher nur

V. der Anfechtungsgrund übrig, welcher darin gesucht wird, daß es im Programm heiße, den fraglichen Prioritäts-Actien seien laut Großherzoglichen Decrete vom 8. December 1852 und 4. März 1853 von der Toscanischen Regierung 5 pCt. pr. Anno auf 99 Jahre garantirt, daß aber die Bedingungen, an welche in diesen Decreten die Garantie geknüpft worden und welche jeden Zeichnungslustigen, wenn sie ihm bekannt gewesen wären, von aller Betheiligung abgehalten haben würden, verschwiegen seien. Diese aus dem Decrete vom 8. December 1852 hervorgehenden Bedingungen seien nämlich folgende:

A. Nach Art. 3 seien die nicht sofort auf die Bahn verwendbaren Summen in öffentliche Cassen des Großherzogthums niederzulegen.

B. Wie aus den übrigen Artikeln hervorgehe, habe die Regie-

rung ihre Zinsengarantie auf solche eingezahlte Summen beschränkt, welche wirklich auf die Eisenbahn verwendet seien.

C. Nach Art. 1 habe die Bahn von Lucca nach Pistoja bei ipso jure eintretendem Verlust der Concession und folglich auch der Zinsengarantie für die privilegirten Actien, bis Ende des Jahres 1854 vollendet sein müssen.

Nun findet sich:

ad A. eine solche Bestimmung zwar im Art. 3, aber es ist die Nichtbefolgung dieser, wie anderer der Verwaltung ertheilten Vorschriften keineswegs mit dem Erlöschen der Zinsengarantie bedroht und daher nicht abzusehen, weßhalb der Beklagte verpflichtet gewesen sein soll, gerade diese Bestimmung des Decrets in sein Programm aufzunehmen.

Ferner ist

ad B. die hier erwähnte Beschränkung der Garantie überall nicht im Decrete ausgesprochen.

Anlangend dagegen

ad C. die letzte Bedingung, so hat es

1) mit derselben in facto seine völlige Richtigkeit, indem im angezogenen Art. 1 *) die Nichtvollendung der Bahn an dem angegebenen Zeitpunkte mit dem Verluste der Concession und aller mit derselben verbundenen Vortheile bedroht ist und daß unter diesen Vortheilen auch die Zinsengarantie verstanden ist, ergibt sich von selbst aus der Allgemeinheit des Ausdrucks und aus dem Ministerial-Decrete vom 29. März 1855 und wird von dem Beklagten in keiner Weise bestritten.

Ebenso ist

2) die große Erheblichkeit dieser Bedingung, zumal auf deren Erfüllung den Inhabern der privilegirten Actien eine unmittelbare

*) Derselbe lautet in der deutschen Uebersetzung:

Art. 1. Die Gesellschaft der Eisenbahn von Lucca nach Pistoja ist wieder in den vorigen Stand eingesetzt und ist derselben eine neue peremtorische Frist bis zum Ende des Jahres 1854 bewilligt, um ihre ganze Linie für den Transport der Reisenden und Waaren zu eröffnen unter der Androhung, daß sie im Unterlassungsfall den Verlust der Concession für die ganze Bahn von Lucca nach Pistoja und aller damit verbundenen Vortheile „ipso jure" sich zuziehen würde.

Digitized by Google

Einwirkung nicht zustand, unmöglich zu erkennen, wie es denn ausgemacht ist, daß wegen Nichteinhaltung dieser Bedingung die Concession für erloschen erklärt und wenn auch die Gesellschaft von Neuem dawider in den vorigen Stand eingesetzt ist, doch die Inhaber der privilegirten Actien der früher genossenen Zinsengarantie zu Gunsten einer neuen Anleihe zum größeren Theile verlustig gegangen sind.

Endlich

3) hat der Beklagte wiederholt bestimmt anerkannt, bei Erlassung des Programms sich im Besitze des Decrets vom 8. December 1852 befunden, also den Art. 1 desselben gekannt zu haben und er hat mithin jene Bedingung, obgleich er voraussetzen mußte, daß Jeder, der sie erfahre, großes Bedenken tragen werde, die fraglichen Papiere zu 93 pCt. zu kaufen, wissentlich verschwiegen.

Es fragt sich also

4) ob und welche von den verschiedenen Klagen, mittelst welcher der Kläger seinen Anspruch auf Rescission des Kaufcontracts über die fraglichen Actien verfolgt hat, zu diesem Zwecke geeignet sind.

Natürlich kann es hier nur auf diejenigen Klagen ankommen, welche bereits in erster Instanz angestellt sind, also nicht auf diejenigen, welche Kläger als actio ex jure cesso bezeichnet und die er erst in zweiter Instanz und zwar unzulässiger Weise in einer Schrift geltend gemacht hat, welche ihm nur zur Erklärung über neue thatsächliche Anführungen des Beklagten nachgelassen war.

Von den in erster Instanz cumulirten Klagen ist nun

a) die auf Rescission des Kaufs wegen laesio enormis völlig verwerflich, da sie nur dann, und zwar namentlich auch nach Frankfurtischem Recht,

Reform. Thl. II. Tit. 2. § 8. 9.

begründet sein würde, wenn die fraglichen Papiere zur Zeit des Kaufs, also am 18. April 1853, weniger als die Hälfte von 93 pCt., wozu der Kläger sie gekauft hat, werth gewesen wären, dieß aber von ihm selbst nicht behauptet und durch das vom Beklagten, besonders in zweiter Instanz, Beigebrachte vollständig widerlegt wird.

b) Ebenso kann von der doli actio hier keine Rede sein. Denn abgesehen davon, daß sie, wenn, wie hier, erst nach zwei Jahren

angestellt, nur auf den Gewinn gerichtet werden kann, den der Beklagte von seinem dolus erzielt hat,

L. 28. D. L. ult. C. de dolo malo

was der Kläger nicht gethan hat, ist dieselbe bekanntlich nur dann statthaft, wenn es an einer anderen geeigneten Klage fehlt, was, wie sich gleich zeigen wird, hier nicht der Fall ist.

Zwar erscheint

c) die actio redhibitoria hier nicht als zulässig, da diese nur wegen physischer, nicht wegen juristischer Fehler der verkauften Sache zusteht, daher es keiner Entscheidung darüber bedarf, ob die dieser Klage opponirte Einrede der Verjährung begründet ist.

Dagegen ist

d) die actio emti hier die völlig geeignete Klage. Denn bekanntlich kann mit dieser wegen wissentlicher, also doloser Verschweigung wesentlicher Mängel aller Art einer verkauften Sache auf das volle Interesse geklagt werden,

L. 45. D. de contrah. emt.
L. 13. pr. D. de act. emt.

und es ist klar, daß in diesem Falle, wo Papiere vorliegen, die einen bestimmten Cours haben, die Leistung des Interesse mit der Aufhebung des Kaufs zusammenfällt, und eben so ausgemachten Rechtens ist es, daß bei dieser an strengere Bedingungen geknüpften Klage die kurze Verjährungsfrist der actio redhibitoria nicht eintritt.

Unterholzner, Verjährungslehre II. S. 344 — 45.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandecten III. S. 368.

Zwar beruft sich der Beklagte gegen den Vorwurf eines arglistigen Verfahrens darauf

α) daß er in seinem Programm gerade in Betreff der Zinsengarantie auf das Großherzogliche Decret vom 8. December 1852 Bezug genommen habe, welches im Monitore Toscano publicirt gewesen und auch bei ihm zu Jedermanns Einsicht offen gelegen habe.

Allein binnen der kurzen am 18. April 1853 zum Einzeichnen gestatteten Frist von nur wenigen Stunden konnte der Beklagte unmöglich erwarten, daß sämmtliche Zeichnungslustigen sich die Einsicht jener italienischen Zeitung, von der er überdieß nicht behauptet, daß sie in Frankfurt gehalten werde und auf die er gar nicht hin-

gewiesen hatte, werde verschaffen können; und, daß das fragliche Decret bei ihm zur Einsicht vorliege, stand weder im Programm, noch behauptet er, es anderweitig zur Kunde des Publikums gebracht zu haben. Ueberdieß aber, und das ist völlig entscheidend, hatte er im Programm die Zinsengarantie gerade unter Hinweisung auf die Decrete so unbedingt als auf 99 Jahre ertheilt hingestellt, daß er wohl erwarten durfte, man werde sich bei dieser Angabe beruhigen und nicht näher nachforschen, wie denn ein Jeder, ohne sich einer Fahrlässigkeit schuldig zu machen, sich solcher Nachforschung füglich enthalten konnte, welcher letztere Grund denn auch dafür entscheidend ist, daß die Einrede der Billigung, welche überdieß auch der Beklagte, wenigstens in erster Instanz, dem jetzt fraglichen Anfechtungsgrunde gegenüber nicht speciell geltend gemacht hat, hier keine zutreffende sein würde.

Wenn ferner

β) der Beklagte sich darauf beruft, die Erlöschung, wie aller Rechte der Eisenbahngesellschaften, so namentlich der Zinsengarantieen, bei Nichtinnehaltung der zur Vollendung der Bahnen vorgeschriebenen Frist, sei ein essentiale, jedenfalls ein naturale negotii, welches also auch im vorliegenden Falle jeder Zeichner auf die Actien ohne Weiteres habe voraussetzen müssen, so kann immerhin zugegeben werden, daß eine solche Resolutiv-Bedingung für die Concession häufig

Pöhls, das Recht der Eisenbahngesellschaften S. 83 und 84.

und für die Garantie von Zinsen hin und wieder vorkommt, aber daraus folgt nicht, daß sie die Präsumtion für sich hat und daß nicht, namentlich in dem vorliegenden Falle, wo es sich davon handelte, einem wegen Mangel des Vertrauens in Stocken gerathenen Unternehmen fortzuhelfen, ohne Weiteres angenommen werden durfte, die Regierung habe, um demselben die erforderlichen neuen Geldmittel zu verschaffen, eine von dem Zustandekommen der Bahn unabhängige Zinsen-Garantie übernommen.

Dagegen mußte

γ) die vom Beklagten in der Form des Ableugnens der vom Kläger aufgestellten Behauptung, erst im Jahre 1855 Kenntniß vom Inhalte des betreffenden Großherzoglichen Decrets erhalten zu haben, der Klage opponirte Einrede, daß dem Kläger das Decret, also auch

der Art. 1 desselben, schon bei der Zeichnung und jedenfalls beim Empfange der Actien bereits bekannt gewesen sei, dem Beklagten so, wie im Urtheile geschehen, zum Beweise verstellt werden, und konnte mithin die im Erkenntnisse des Stadtgerichts enthaltene Verurtheilung des Beklagten, sowohl in der Hauptsache als hinsichtlich der Kosten erster Instanz nur unter Vorbehalt dieses Beweises wieder hergestellt werden.

Bei Vergleichung der Kosten voriger Instanz war es, da die Gründe des ersten Erkenntnisses die vom Beklagten dawider ergriffene Berufung rechtfertigen, zu belassen, dagegen war von den Kosten dieser Instanz, da in der Hauptsache nur auf Grund der Appellation des Klägers reformatorisch erkannt wird, die eine Hälfte zu compensiren und in die andere der Beklagte zu verurtheilen.

Wenn schließlich dem auch in dieser Instanz wiederholten Antrag des Beklagten, ihm wegen der beleidigenden Vorwürfe des Klägers seine Genugthuungs-Ansprüche ausdrücklich vorzubehalten, nicht deferirt worden ist, so versteht es sich von selbst, daß ihm die Geltendmachung dieser Ansprüche, insofern er sich damit durchzukommen getrauen sollte, dadurch nicht abgeschnitten ist.

155.

F. A. Schwarzschild Söhne, Kläger gegen **F. Sang** aus Offenbach, Beklagten, Wechselforderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 8. Juli 1857.

In Erwägung,

1) daß Beklagter die Aechtheit seiner Unterschrift auf dem Wechsel laut Inhalt des Protocolls in öffentlicher Sitzung vom 6. d. M. anerkannt hat *);

2) die vorgeschützte Einrede des mangelndes Protestes als eine an sich zulässige zwar anzuerkennen ist — § 82 der Wechsel-Ordnung — jedoch

a) in so ferne verwerflich erscheint, als dieselbe auf § 43 der Deutschen Wechsel-Ordnung gegründet werden will, indem darüber kein Zweifel sein kann, daß, da die Wechsel-Ordnung unter domicilirten Wechseln nur diejenigen Tratten versteht, auf welchen der Aussteller einen vom Wohnorte des Bezogenen verschiedenen Zahlungsort angegeben hat,

§ 24 verglichen mit § 4 sub. 8 der D. W. O. und Protocoll der W. R. Conf. (officielle Ausg.) S. 93.

---

*) Der Wechsel lautet:

(Stamp 6 Sh.)

£ 264. 14. London, March 27. 1854.

Three months after date pay to my order two hundred and sixty four pounds fourteen shillings. Value received.

(gez.) J. Barnard. 339 Oxford-Street.

To F. Sang, Esq. Architect Nr. 558.

Accepted payable at Mrs. Coutts & Cie.

(gez.) F. Sang.

in margine: „Refer to the acceptor."

in dorso: Für mich an die Ordre von F. A. Schwarzschild Söhne.

(gez.) F. Barnard.

der eingeklagte Wechsel als ein domicilirter im Sinne des hier geltenden Rechtes nicht erachtet werden kann, daher denn auch die Bestimmungen des § 43 cit. keine Anwendung auf denselben zu leiden haben und selbst dann ausgeschlossen sein würden, wenn der fragliche Wechsel nach Maaßgabe des in England dermalen geltenden Rechtes als Domicilwechsel in der That aufzufassen sein sollte, weil die Vorschriften des § 43 bezüglich der ausnahmsweisen Nothwendigkeit einer Protesterhebung zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten einzig und allein auf domicilirte Wechsel im Sinne der Deutschen Wechsel-Ordnung, bei welchen allein alle diejenigen Voraussetzungen zu treffen, welche jenen Vorschriften zur Grundlage dienen, nicht aber auch auf solche Tratten bezogen werden können, welche im Widerspruch mit der Auffassung der Deutschen Wechsel-Ordnung lediglich nach den Bestimmungen fremdländischer Legislationen für domicilirt zu halten sind; dagegen:

b) für die Beurtheilung der rechtlichen Natur des vorliegenden in England ausgestellten, dort zahlbar gewesenen Wechsels, wie nicht minder der Rechtsfolgen der in demselben enthaltenen wechselmäßigen Erklärungen, insonderheit der Verhaftung des Beklagten aus seinem Accept folglich auch der zur Erhaltung des Wechselrechts gegen denselben nothwendigen Schritte, überhaupt nicht die Deutsche Wechsel-Ordnung, sondern das vom Beklagten angerufene englische Wechselrecht maaßgebend sein muß,

§ 85 der Deutschen Wechsel-Ordnung.

Brauer, Commentar (1. Ausgabe) S. 143 Anmerkung zu § 86.

Renaud, Lehrbuch des Wechselrechts § 7 S. 18 sub. 5.

Heimerl, Anleitung zum Studium des Wechselrechts S. 254.

hiernach aber die vorgeschützte Einrede begründet sein würde, wenn Beklagter den Beweis seiner, klägerischer Seits verabredeten, Behauptung zu erbringen im Stande sein sollte, daß der eingeklagte Wechsel nach englischem Wechselrecht ein Domicilwechsel sei und wegen der von den domicilirten Coutts & Comp. aufgeschrieben Erklärung:

„man wende sich an den Acceptanten"

in der Wohnung des Letzteren habe präsentirt, beziehungsweise bei Verlust des wechselmäßigen Anspruchs an denselben protestirt werden müssen;

3) die klägerische Forderung von Verzugszinsen seit dem Verfalltag des Wechsels auf Grund des durch das Einführungsgesetz zur Deutschen Wechsel-Ordnung nicht aufgehobenen Art. 99 der Proz. Prozeß-Ordnung zu verwerfen sein würde, Kläger jedoch zur Begründung dieses Anspruchs sich gleichzeitig auf die entsprechende Bestimmung des englischen Rechts berufen hat, weshalb ihm bei vorliegendem Widerspruch des Beklagten der Beweis seiner deßfallsigen Behauptung nachzulassen ist;

4) die Illiquidität der opponirten Einrede der versäumten Protesterhebung die Verurtheilung des Beklagten zur Deposition des eingeklagten Wechselbetrags in Gemäßheit Art. 91 der Proz. Prozeß-Ordnung nach sich ziehen, demnächst aber die Verweisung dieser Einrede zur weiteren Ausführung in das ordentliche Verfahren zur Folge haben muß — aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

I. Beklagter ist schuldig, den eingeklagten Wechselbetrag von 3176 fl. 24 kr. bei Vermeidung wechselrechtlicher Hülfsvollstreckung binnen 24 Stunden gerichtlich zu hinterlegen;

II. nach geschehener Deposition der Streitsumme hat Beklagter binnen vorgedachter Frist, Gegenbeweis vorbehalten, rechtsgenügend darzuthun:

„daß nach englischem Wechselrecht der eingeklagte Wechsel ein Domicilwechsel sei und in Folge der von den Domiciliaten Coutts & Comp. aufgeschriebenen Erklärung — man werde sich an den Acceptanten — in der Wohnung des Letzteren habe präsentirt, beziehungsweise bei Verlust des wechselmäßigen Anspruchs an denselben protestirt werden müssen.“

III. Dem Kläger bleibt der binnen der nämlichen Frist anzutretende Beweis vorbehalten:

„daß nach englischem Recht der Acceptant zur Zahlung von Verzugszinsen vom Verfalltage des Wechsels an, ohne Rücksicht auf geschehene oder unterlassene Protesterhebung, verpflichtet sei.“

IV. Je nach dem Ergebniß dieser Beweisführung soll in der Sache selbst und der Kosten wegen weiter erkannt werden was Rechtens.

Digitized by Google

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 28. September 1857.

Auf beiderseitige Appellation.

1) Die erste Beschwerde der Kläger ist unbegründet. Die Frage, ob der eingeklagte Wechsel präjudicirt sei, kann, da der Wechsel in England ausgestellt und zahlbar war, nur nach englischem Rechte beurtheilt werden. Dieses zu kennen sind die hiesigen Gerichte nicht verpflichtet. Dem Beklagten aber durfte die Gelegenheit, seine Einrede zu beweisen, nicht abgeschnitten werden und dieses vorausgesetzt, konnte nicht auf Zahlung, sondern vorerst nur auf Hinterlegung des Wechselbetrags erkannt werden.

2) Die zweite klägerische Beschwerde und zwar zunächst deren ersten Theil anbelangend, ist es zwar richtig, daß der Beklagte der in erster Instanz wiederholt aufgestellten Behauptung der Kläger, daß der Wechsel in der Wohnung des Acceptanten zur Zahlung präsentirt worden sei, nicht widersprochen hat. Allein die Beschwerde ist doch unbegründet. Denn das Entscheidende ist nicht die Präsentation, sondern der Protest, der ohne jene nicht möglich war und dessen Nothwendigkeit der Beklagte zu erweisen hat und wenn daher bei der deßfallsigen Beweisauflage zum Ueberfluß auch noch der Präsentation ausdrücklich Erwähnung geschah, so kann dieß wenigstens die Kläger nicht beschweren.

3) Dagegen ist der zweite Theil der klägerischen Beschwerde begründet. Denn die Kläger haben nicht eingeräumt, vielmehr in der Gegenerklärung widersprochen, daß die auf dem Wechsel befindlichen Worte: „refer to the acceptor" von Coutts & Comp. hinzugefügt seien, indem sie ihrerseits erklärten, dieselben rührten von dem präsentirenden Notar her. Demnach muß dem Beklagten, der in der Vernehmlassung gerade auf diesen Umstand großes Gewicht legt und aus demselben die Nothwendigkeit eines Protestes bei dem Acceptanten herleitet, in dieser Beziehung Beweis auferlegt werden.

4) Zur dritten klägerischen Beschwerde bedarf es in Betracht, daß nach hiesigem Rechte, nämlich nach Art. 99 der prov. Prozeß-

Ordnung, nur vom Tage des Protestes oder der Klagemittheilung an Verzugszinsen gefordert werden können, nach dem oben unter 1 Gesagten keiner weiteren Ausführung darüber, daß den Klägern der Beweis des von ihnen behaupteten englischen Rechts auferlegt werden durfte. Ueber die Fassung des Beweissatzes aber haben sie sich schon um deßwillen nicht zu beschweren, weil dieselbe ihrer Behauptung in der Klage vollständig entspricht.

5) Die Beschwerde des Beklagten ist unbegründet. Denn der Vorlegung eines Protestes mit der Klage bedürfte es nur, wenn seine Behauptung richtig ist, daß nach englischem Wechselrecht Protesterhebung in der Wohnung des Beklagten nothwendig gewesen, um die Klage gegen den Acceptanten möglich zu machen. Wird diese Behauptung nicht erwiesen, so zerfällt die Einrede in sich, da alsdann das englische Wechselrecht, übereinstimmend mit dem deutschen, die Klage gegen den Acceptanten ohne Protest gestattet.

Von einer Anwendung der Art. 43 und 44 der Deutschen Wechsel-Ordnung kann keine Rede sein, da sie nur von Domicilwechseln im Sinne des deutschen Rechtes sprechen, ein solcher aber hier nicht vorliegt.

6) In seiner ersten Erklärung zum Protokolle der Stadtgerichts-Commission vom 27. Juni 1857 hatte der Beklagte auch den Umstand geltend gemacht, daß nicht bei Coutts & Comp. dem angeblichen Domiciliaten, Protest erhoben worden sei, obgleich dieß nach englischem Rechte hätte geschehen sollen und auf diesen Umstand ist in der Beweisauflage unter II. des angefochtenen Erkenntnisses keine Rücksicht genommen.

Da jedoch der Beklagte darüber nicht einmal eventuell sich beschwert hat, so ist das stadtgerichtliche Urtheil in dieser Beziehung rechtskräftig.

7) Bei dem Mangel einer gegründeten Appellationsbeschwerde fehlt es an der zur Rechtfertigung des beklagtischen Restitutionsgesuchs erforderlichen Verletzung und ist demnach die Restitution abzuschlagen.

Aus diesen Gründen wird unter Verwerfung des beklagtischen Restitutionsgesuchs, das Erkenntniß vom 8. Juli 1857 im Uebrigen bestätigt und nur der Beweissatz unter II. dahin abgeändert:

Digitized by Google

„daß nach englischem Wechselrecht der eingeklagte Wechsel ein Domicilwechsel sei und wenn die Worte „refer to the acceptor" von Coutts & Comp. demselben hinzugefügt seien, bei Verlust des wechselmäßigen Anspruchs an den Acceptanten, in dessen Wohnung habe präsentirt und protestirt werden müssen und daß die Worte „refer to the acceptor" von Coutts & Comp. hinzugefügt worden seien."

Der Beklagte hat dem Kläger ⅓ der Kosten gegenwärtiger Instanz zu ersetzen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 31. Mai 1858.

Auf beiderseitige Appellation.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 28. September 1857 aufzuheben und die Kläger zu ermächtigen, den bei dem Rechnei-Amte beklagtischer Seits deponirten Wechselbelauf von 3176 fl. 24 kr. zu erheben, auch Beklagter schuldig sei, ihnen Zinsen hierauf zu 5 pCt. seit dem 30. Juni 1854 bis zu dem Tage, wo die Hauptsumme frühestens wird erhoben werden können, sammt den Kosten erster Instanz, sowie der Hälfte der Kosten dieser und der vorigen Instanz zu vergüten, wogegen die andere Hälfte der letztgedachten Kosten compensirt wird. —

Und wird nunmehr die Sache an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Der von den Klägern geltend gemachte, auf sie indossirte Wechsel zum Betrage von 264 £ 14 Sh., am 27. März 1854 zu London auf dem damals dort domicilirenden Beklagten, drei Monate nach

dato zahlbar gezogen, und von dem Beklagten unter Beifügung einer Zahlungsdomicils („payable at Mrs. Coutts & Cie.") acceptirt, ist beklagtischerseits anerkannt worden. Es ist ferner von dem Beklagten nicht in Abrede gestellt, daß der Wechsel am letzten Respittage, dem 30. Juni 1854, bei der von ihm bezeichneten Zahlungsadressaten Coutts & Comp. zur Zahlung präsentirt worden ist, und diese letzteren den Wechsel nicht honorirt haben. Nicht minder liegt es außer Streit, daß der damalige Inhaber des Wechsels, J. Barnard, denselben sofort auch im Domicil des Beklagten („558 Pall Mall") hat vorzeigen lassen, ohne jedoch Zahlung zu erlangen.

Der auf Bezahlung dieses Wechsels sammt Zinsen seit Verfall (30. Juni 1854) gerichteten Klage hat der Beklagte die Einreden opponirt:

I. und hauptsächlich, der Wechsel sei präjudicirt, weil der Inhaber desselben bei Verfall weder bei den Zahlungs-Adressaten Coutts & Comp., noch auch demnächst in seinem, des Beklagten, eigenen Domicil Protest wegen Nichtzahlung habe erheben lassen.

Das Erstere führe nämlich nach der Vorschrift des Art. 43 der Deutschen Wechsel-Ordnung Verwirkung der aus dem Wechsel abzuleitenden Rechte herbei. Sollte übrigens das Englische Recht zur Anwendung kommen, so würde der gleiche Effect deshalb eintreten, weil zufolge desselben freilich nicht im Domicil der Zahlungsadressaten, aber — bei Nichthonorirung des Wechsels von Seiten derselben — im Domicil des Acceptanten selbst, bei Vermeidung der Präjudicirung, habe wegen Nichtzahlung protestirt werden müssen;

II. eventualiter, in Betreff der Zinsenforderung, daß die Kläger Zinsen nur vom Klagtage, nicht schon vom Verfalltage an, fordern dürften.

Die Kläger haben

ad I. der Behauptung des eingetretenen Präjudizes entgegnet, daß, insofern es auf die Anwendung der Grundsätze des Deutschen Wechselrechts ankommen sollte, ein Protest bei Zahlungs-Adressaten nicht nothwendig gewesen sein würde, und daß, wenn das Englische Wechselrecht das maßgebende würde, hier überhaupt kein Protest,

insbesondere nicht in dem eignen Domicil des Beklagten nothwendig gewesen sei.

Die Partheien haben über die Frage, welches Recht, das Englische oder das Deutsche, zur Anwendung komme, schwankende Angaben gemacht und je nachdem das eine oder andere ihnen vortheilhaft erschien, sich bald auf Jenes, bald auf Dieses berufen. — Die vorigen Richter haben indessen von dem Deutschen Rechte ganz abgesehen und das Englische Recht für das allein in Betracht kommende erklärt. Auch haben sie die Klage, — nachdem wie bemerkt, sowohl das Accept, als auch die Thatsache der zur Zeit des Vorfalls sowohl bei den Zahlungs-Adressaten, als im Domicil des Acceptanten geschehenen Präsentation anerkannt worden waren — als keines weiteren Beweises bedürftig erachtet, und nur noch dem Beklagten den Beweis nachgelassen, daß der Wechsel nach englischem Rechte, bei Vermeidung der Präjudicirung, in des Beklagten Wohnung habe protestirt werden müssen.

Gegen diese Beweis-Nachlassung haben die Kläger ihre Principalbeschwerde gerichtet, und kam es, wenn derselben zu entsprechen war, auf ihre der Kläger fernere, nur die Beweisformulirung betreffende, Beschwerde, so wie auf die beklagtischen Beschwerden überhaupt nicht an.

Nun mußte aber jene Principalbeschwerde der Kläger für begründet gehalten werden. Freilich

1) nicht wegen ihrer Berufung auf die Principien der Deutschen Wechsel-Ordnung.

Kämen dieselben zur Anwendung, so könnte allerdings über die Nothwendigkeit sofortiger Condemnation des Beklagten kein Zweifel bestehen. Denn, wenngleich der Art. 43 der Wechsel-Ordnung vorschreibt, daß „domicilirte Wechsel" zur Zeit des Verfalls bei dem Domiciliaten nicht nur zur Zahlung präsentirt, sondern, bei Verlust des wechselmäßigen Anspruches an den Acceptanten, auch protestirt werden müssen, so leidet doch diese Bestimmung keine Anwendung auf den vorliegenden Fall, in welchem ein domicilirter Wechsel überhaupt nicht in Frage steht. Denn ein Wechsel dieser Art, mit den eigenthümlichen Folgen desselben, kann nur dann als vorhanden

angenommen werden, wenn der Zahlungsort ein von dem Wohnort des Bezogenen verschiedener ist:

W.=O. Art. 24. Abs. 1.

während hier London zugleich (nach Art. 4 Nr. 8) der Wohnort des Bezogenen und derjenige Platz war, wo er durch die seinem Accepte beigefügte Adresse Zahlung zu leisten versprochen hatte. Abgesehen hiervon ist es selbstverständlich, daß ein Bezogener durch eine seinem Accepte hinzugefügte Beinotirung eines gewissen Zahlungsortes die Natur des Wechsels nicht einseitig verändern, also eine einfache Tratte nicht in eine domicilirte umwandeln kann.

Protocolle der Leipziger Wechsel=Conferenz, Conf. 16 ad Art. 41 (43) Leipziger Ausgabe p. 86 und 87.

Allein auf die Grundsätze der Deutschen Wechsel=Ordnung kommt es hier nicht an, da nur das Englische Recht das entscheidende ist. — Der eingeklagte Wechsel ist nämlich in England von einem Engländer auf eine (damals) ebenfalls in England wohnhafte und als solche in dem Wechsel bezeichnete Person gezogen. Er war ferner in England zahlbar und ist auch demgemäß, „zahlbar bei einem Londoner Banquier," acceptirt worden. Die Gesammtheit der Rechtsverhältnisse, welche sich aus dem Wechsel ergeben, sollte also in England ihre Erledigung finden, und nur der zufällige Umstand, daß der Beklagte sich aus England entfernt und nach Deutschland begeben hat, ist die Veranlassung dazu geworden, daß deutsche Richter über die aus dem Accepte für den Beklagten abzuleitenden Verbindlichkeiten zu urtheilen haben. Nicht im weiteren Umfange, aber auch völlig so weit, wie der Beklagte in England aus dem Wechsel belangt werden konnte, sind die beklagtischen Verbindlichkeiten auch gegenwärtig anzuerkennen. — Nur die Pflicht, jedenfalls nach der Klagstellung Verzugszinsen des etwaigen adjudicandi zu vergüten, würde aus dem Deutschen Rechte abzuleiten sein, sie würde aber nicht in dem Wechsel, sondern in dem Prozeßverzuge ihren Grund haben.

Auf die Art. 85 und 86 der Deutschen Wechsel=Ordnung — aus welchem sich übrigens materiell Nichts zu Gunsten der Kläger ergeben würde — kommt es nicht an. Sie beziehen sich nur auf solche Fälle, in welchen ein dem Auslande angehöriger oder doch in

das Ausland gelangt gewesener einheimischer Wechsel vor Erledigung seines wechselmäßigen Laufes das Gebiet der Deutschen Wechsel-Ordnung berührt. — Dieß liegt hier nicht vor. Der Umfang der gegen den Beklagten bestehenden Rechte, hatte sich schon zur Zeit des Verfalls zwischen ihm und dem Inhaber des Wechsels — damals noch dem Trassanten Barnard — völlig festgestellt; auch änderte daran die nach Verfall auf die Frankfurtischen Kläger geschehene Indossirung Nichts, da sie nur als Legitimations-Act angesehen werden kann.

Wenn es somit nur auf das Englische Recht ankommt, und es auch

2) völlig grundlos ist, wenn die Kläger behaupten, Seitens des Beklagten wären nur unbestimmte Aeußerungen darüber vorgebracht, daß im vorliegenden Falle eine Wechselpräjudiz eingetreten sei, und worin dasselbe seinen Grund habe — wegen welchen Punktes nur auf den Nachtrag zu den Exceptionen verwiesen zu werden braucht, wo schon das wesentliche von Demjenigen, was der Beklagte ausführlicher in den oberen Instanzen geltend gemacht hat, angeführt worden ist — so hing die Entscheidung über die erste klägerische Beschwerde, mithin darüber, ob sofort zu condemniren sei, oder ob es bei einem dem Beklagten nachzulassenden Beweise sein Verbleiben behalten müsse, davon ab, ob

3) wie die Kläger behaupten, die Sache nach Englischem Rechte so klar zu ihren Gunsten vorliege, daß der deutsche Richter ohne Weiteres ein Definitiv-Erkenntniß abgeben könne. — Dieß mußte den vorliegenden Umständen nach angenommen werden.

Freilich ist mit der vorigen Instanz davon auszugehen, daß ausländisches Recht nicht mit zu den Gegenständen der Official-Kenntniß des einheimischen Richters gehört, daß folglich das Vorhandensein einer Bestimmung desselben, auf welche eine Parthei sich beruft, im Allgemeinen wie etwas factisches angesehen werden muß, mithin durch Denjenigen, von welchem das Vorbringen ausgeht, zu erweisen ist; gleichwohl können hiervon nach der einen oder anderen Seite Ausnahmen gemacht, und zwar darf den Umständen nach das Bestehen oder das Nicht-Bestehen des behaupteten Rechtssatzes ohne Weiteres dann angenommen werden, wenn entweder die Natur der

Sache oder auch unbestrittene allgemeine Rechtssätze so entschieden für das Eine oder Andere sprechen, daß das Entgegengesetzte völlig undenkbar erschiene, oder wenn etwa glaubwürdige Aeußerungen bewährter Schriftsteller den in Betracht kommenden Punkt außer Zweifel stellen sollten. — Beides liegt hier vor. Es handelt sich um die Behauptung des Beklagten, daß nach Englischem Rechte,

> wenn ein Bezogener unter der Hinzufügung einer Zahlungs-Adresse acceptire, der Zahlungs-Adressat aber keine Zahlung leiste, vielmehr den Wechsel-Inhaber an den Acceptanten zurückverweise, das wechselmäßige Recht des Inhabers gegen den Acceptanten erlösche, falls er nicht gegen denselben Protest Mangels Zahlung erheben lasse.

Ein solcher Satz würde abnorm sein. Proteste dienen im wechselrechtlichen Verkehr, ihrem Wesen nach nur dazu, festzustellen, daß keine von denjenigen Handlungen versäumt worden sei, welche gesetzlich zu Bedingungen der Geltendmachung des Wechsels gegen die daraus noch verpflichteten gemacht sind. Niemals kann es mithin eines Protestes zu dem Zwecke bedürfen, um sich nicht gegen eine schon ohnehin und unbedingt verpflichtete Person zu präjudiciren. Demnach wäre es freilich nicht unmöglich, daß das Englische Recht unter den Umständen des hier in Rede stehenden Falles dem Wechsel-Inhaber zur Pflicht machte, um nicht im Verhältniß zum Acceptanten ein Präjudiz entstehen zu lassen, bei dem Zahlungs-Adressaten Protest zu erheben (in entsprechender Weise, wie dieß im Art. 43 der Deutschen Wechsel-Ordnung in Betreff domicilirter Wechsel vorgeschrieben ist); allein um das nach der Zahlungs-Ablehnung des Adressaten, dem Acceptanten gegenüber, unbedingt bestehende und schon vollgültige Recht des Inhabers zu conserviren — kann es auf Protest-Erhebung gegen diesen nicht ankommen. (Daß der Beklagte die Nothwendigkeit eines bei dem Zahlungs-Adressaten zu erhebenden Protestes nicht behauptet, vielmehr die Unnöthigkeit desselben nach Englischem Rechte zugegeben hat, ist schon ausgeführt worden.)

Hierzu kommt Folgendes:

a) Das Englische Wechsel-Recht verlangt Protestirung weit seltener, als dieß von den Wechselgesetzen des Continents, insbesondere

von der Allgem. Deutschen Wechsel-Ordnung geschieht. Selbst zum Zwecke des gegen den Trassanten und die sonstigen Vormänner zu nehmenden Regresses bedarf es der Protestlevirung nur in Betreff der „foreign bills," d. h. solcher Wechsel, welche vom Auslande auf England oder von England auf das Ausland gezogen sind,

Chitty and Hume, treatise on bills of exchange. (Ed. 9.) 1840. p. 40.

während in Beziehung auf inländische Wechsel („inland bills") weder Protestlevirung noch auch die minder förmliche „Notirung" erforderlich ist.

Engl. Chitty and Hume. p. 170, 465 und 466.

Byles, treatise of the law of bills of exchange. Ed. 5. 1847. p. 189.

Roscoe, Digest. of the law relating to bills of exchange. 1829. p. 214 f.

Erkenntniß der Juristen-Facultät Göttingen vom 31. Januar 1857 in S. Kulp ca. Commercial-Bank (Archiv für Wechsel-R. Bd. 6. S. 290).

Wenn hieraus hervorgeht, daß der Trassant und die sonstigen Vormänner bei einem inländischen Wechsel — welcher hier vorliegt — die Verpflichtung zur Regreßleistung wegen unterbliebener Protest-Erhebung nicht ablehnen dürfen, so ergibt es sich sogleich mit Gewißheit, daß auch der Acceptant sich auf das Fehlen eines Protestes nicht berufen kann. Denn da jeder Regreß leistende Vormann das Recht hat, den Acceptanten in Anspruch zu nehmen, dieß aber aus einem gegen denselben präjudicirten Wechsel nicht geschehen könnte, so beweist die Nothwendigkeit jener Regreßleistung, daß der Wechsel auch in der Hand des letzten Inhabers, obgleich wider den Acceptanten kein Protest erhoben wurde, volle Gültigkeit gegen denselben habe.

Es wird übrigens

b) von Byles auch ausdrücklich anerkannt, daß der Acceptant eines Wechsels, wenn etwa der Inhaber sich durch unterlassene Protestirung gegen seine Vormänner präjudicirt haben sollte, — was nach dem oben bemerkten überhaupt nur bei foreign bills

vorkommen kann — aus dem Accepte nach wie vor vollgültig obligirt bleibt.

l. c. p. 159 „The acceptor however still continues liable."

Ja, dieser Schriftsteller fügt hinzu, daß es in Beziehung zum Acceptanten nicht einmal der Präsentation zur Verfallzeit bedürfe, um die Verbindlichkeit desselben zu perpetuiren.

c) Wenn der Beklagte behauptet, hier liege kein reines Accept vor, vielmehr sei dasselbe durch die Worte „payable at Mrs. Coutts & Cie." zu einem qualificirten geworden, so würde dieß, wenn es sich so verhielte, dennoch nicht dahin führen können, den Inhaber des Wechsels unter den hier besprochenen Umständen zur Protest-Erhebung gegen den Acceptanten, bei Verlust des Wechselrechts wider denselben, zu nöthigen, indem denkbarer Weise nur wegen des Verhaltens zu „Coutts & Comp." Diligenz hätte angewendet, und dafür, daß dieß geschehen sei, durch Protest der nöthige Beweis hätte gesichert werden müssen. — Sodann aber ist durch ein eigenes, auf diesen Gegenstand bezügliches, Gesetz

Stat. 1 und 2. George IV. Cap. 18,

bei Meißner, Coder der Wechselgesetze. Bd. II. S. 819,

bei Treitschke, Encyclopädie. I. S. 20 und 21.

ausdrücklich bestimmt, daß Zahlbarmachungen von Wechseln bei Banquiers oder anderen behufs der Zahlungsleistung aufgegebenen Personen, wenn dabei nichts besonderes bemerkt wäre (z. B. „accepted payable ad Mrs. . . . and not otherwise or else-where") in allen Beziehungen als reine Accepte (general acceptances) behandelt werden sollen. „Such acceptance shall be deemed and taken to be in all intents and purposes, a general acceptance of such bill.")

Stimmen nun mit dem Obigen auch alle sonst eingesehenen Autoren überein:

Shmith, mercantile law ed. Dodeswell. Ed. 5. 1855. p. 247 und 257.

Blackstone, Commentaries. Ed. 25. Vol. 2 (Ed. Sweet). 1844. p. 469 Note 64.

Tomlins, Law dictionary. Ed. 4. (ed. Grangers.) 1835. (voce, bill of exchange IV.).

Roscoe, l. c. und p. 90 f.

und betreffend das Schottische Recht:

Thomson, law of the bill of exchange. Edinburgh 1825. p. 472 und 473,

sowie das Englisch-Amerikanische Recht:

Story, Commentaries on the law of bills of exchange. Boston und London. Ed. 2. 1847. p. 281 und 468 (p. 328 f. und 612 f.)

so war ohne Bedenken, dem Antrage der Kläger gemäß, von der dem Beklagten nachgelassenen Beweisführung abzusehen und definitiv auf Erhebung des deponirten Wechselbelaufs Seitens der Kläger zu erkennen.

Anlangend

II. die Zinsenforderung, so will der Beklagte dieselbe jedenfalls nur für die Zeit seit der Klagstellung gelten lassen. Er beruft sich hiebei zunächst auf den Art. 99 der provis. Prozeß-Ordnung, welcher Verzugszinsen bei Wechselforderungen, wenn kein Protest erhoben worden sein sollte, nur vom Tage der erhobenen Klage zusprechen läßt; eventualiter bestreitet er, daß nach Englischem Recht Zinsen geschuldeter Wechselbeträge schon vom Verfalltage an gefordert werden dürften.

Die erste dieser Einwendungen erledigt sich durch die Erwägung, daß der angezogene Artikel der provisor. Prozeß-Ordnung keine Anwendung leiden kann auf Wechselforderungen, welche im Auslande unter Ausländern vollständig zur Entstehung gekommen sind, und die, wenngleich der Wechsel-Inhaber später in die Lage kommen sollte, die Frankfurtische Urtheilsfällung anzurufen, doch völlig nach dem Rechte des betreffenden Auslandes, nicht nach Frankfurtischen Gesetzen zu beurtheilen sind, wie dieß zufolge des Obigen hier geschehen muß.

Es kommt demnach auch bei diesem Punkte auf die Frage nach dem Englischen Rechte an, und zwar der Sachlage nach darauf, ob die Kläger noch erst den Beweis, daß das Englische Recht den Acceptanten zur Zinsenzahlung seit dem Verfalltage oder doch seit demjenigen Tage, an welchem von ihm Zahlung des Wechsels gefordert worden (was hier zusammenfällt, s. oben), verpflichte, zu führen

haben, oder ob auch hier ohne Weiteres definitiv zu ihren Gunsten zu erkennen sei.

Nun spricht auch bei diesem Gegenstande schon nach allgemeinen Principien — insonderheit auch nach demjenigen des gemeinen Rechts — eine starke Vermuthung dafür, daß immer, wenn nur Seitens des Wechsel-Inhabers bei oder nach Verfall Zahlung gefordert sein sollte, von dem Tage solcher Aufforderung an Zinsen vergütet werden müssen. Von diesem Zeitpunkte an befindet sich der Acceptant im Verzuge und der Wechsel-Inhaber hat mithin Anspruch darauf, wegen der Entbehrung des Wechselbelaufes entschädigt zu werden.

Die abweichende Behandlung, welche dieser Punkt in einigen deutschen Particularrechten gefunden hat, insofern (z. B. nach dem citirten Art. 99) erst vom Tage des Protestes Zinsen gefordert werden können, ist singulärer Natur. — Dieser Auffassung entsprechen denn auch die englischen Schriftsteller

Chitty, l. c. S. 679 ff.

führen an, das Recht des Wechsel-Inhabers, von dem Wechselschuldner Zinsen zu fordern, beruhe auf denjenigen Principien, welche über diesen Gegenstand in einem neueren Gesetze

Stat. 3 und 4 William IV. c. 42

niedergelegt seien und welche in der Anwendung auf Wechsel dahin gingen, daß nur dann die Vergütungspflicht cessire, wenn der Wechsel-Inhaber in mora accipiendi gewesen sei („if the delay of payment has been occasioned by the default of the holder"). Und allgemeiner spricht dieser Autor p. 680 aus:

„The acceptor of a bill and the maker of a note are liable to pay interests without protest."

Hiemit stimmt

Byles, l. c. p. 226 ff.

völlig überein, welcher schon vorher (p. 193) angeführt hatte, daß man in älterer Zeit die Protestlevirung bei inland bills deßhalb für nöthig gehalten habe, um sich von den Vormännern, außer dem Capital, auch Zinsen zu sichern. — Indessen auch hiezu sei der Protest nicht nothwendig.

„subsequent and uniform practice — has settled, that a protest is superfluous even for this purpose."

Daß der Umfang der Verbindlichkeit der Vormänner zugleich ein Argument für die entsprechende Verbindlichkeit des Acceptanten enthalte, ist schon hervorgehoben worden. — Auch hier setzt die Verbindlichkeit der Vormänner, dem Regredienten Zinsen zu vergüten, obschon kein Protest geliefert wird, selbstverständlich voraus, daß der Acceptant ebenfalls ohne Protest zur Zinsenzahlung verpflichtet ist.

Mit dem Vorstehenden stimmen überein:

Roscoe, l. c. p. 310,

Story, l. c. 468 p. 613,

des angezogenen Erkenntnisses in S. Kulp ca. Commercialbank (l. c. p. 292).

War demzufolge auch wegen der Zinsen definitiv und zwar condemnatorisch zu erkennen, so kam es nur noch auf eine Entscheidung über die Kosten an. — Diejenigen der ersten Instanz waren dem Beklagten zur Last zu bringen; die Kosten der beiden höheren Instanzen mußten bei der Grundlosigkeit der beklagtischen Appellationen zur Hälfte dem Beklagten aufgelegt werden, zur Hälfte waren sie zu compensiren.

156.

M. J. geb. **L.**, Klägerin und Appellantin gegen **K. L.**, Beklagten und Appellaten, Forderung betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 17. Juni 1858.

Klägerin hat

A. in erster Instanz ihren gegen den Beklagten erhobenen Anspruch auf Zahlung eines Heirathsguts von 3000 fl. lediglich aus dem Vertrage vom 4. Januar 1845 hergeleitet. In diesem Vertrage — welcher als Zusatzvertrag zu einem nach dem Tode des Vaters der Streittheile zwischen dessen Wittwe und 8 Töchtern (worunter auch die Klägerin), als Verkäufern, und dem Beklagten als Käufer abgeschlossenen Kaufcontracte über das von dem Vater hinterlassene Wohnhaus und Geschäft sich darstellt — wird allerseits als billig anerkannt und hiermit versprochen, daß die beiden noch ledigen Schwestern K. und M. L. (letztere die Klägerin) im Falle ihrer Verheirathung eine jede ein Heirathsgut von 3000 fl., wenn nicht auf einmal, doch in möglichst kurzen Zwischenräumen, erhalte," und weiter bestimmt, daß diese 3000 fl. entweder von der Mutter „aus dem Separatvermögen," oder von dem Käufer, dem Beklagten, „als Abschlagszahlungen auf die schuldigen Kaufpreise" — an die zukünftigen Ehemänner bezahlt werden sollen. — Von welcher juristischen Natur das Rechtsverhältniß gewesen, welches in Folge dieser Vertragsbestimmung zwischen der Klägerin und dem Beklagten eintrat — ob, wie Letzterer vermeint, nur eine Assignation, oder ob eine bedingte Cession der Kaufgeldsforderung bis zum Betrage von 3000 fl. an die Klägerin, oder ob endlich, wie die vorigen Gerichte dieß anzunehmen scheinen, eine Delegation stattgefunden hat, — ist nicht zweifellos, kann aber dahingestellt bleiben. Soviel ist gewiß,

daß Beklagter nicht ohne Weiteres zur Ausstattung der Klägerin mit 3000 fl. für seine Person sich verpflichtet, sondern daß er es nur übernommen hat, dasjenige Heirathsgut, welches den sich verheirathenden Töchtern resp. Schwestern allerseits versprochen worden, nach Maaßgabe der für diese Bewilligung bestehenden Bedingungen, aus den schuldigen Kaufgeldern zu bezahlen. Das gedachte Versprechen ist aber nur für den Fall geleistet, daß die zur Zeit noch unverehelichten Töchter während des Lebens der Mutter sich verheirathen sollten, und ein Anspruch der Klägerin auf das fragliche Heirathsgut ist, da sie erst 2 Jahre nach dem Tode der Mutter geheirathet hat, überhaupt nicht existent und fällig geworden. — Dieß ergibt sich

1) ohne Weiteres schon aus der ganzen Sachlage. Von den 8 L.'schen Töchtern waren 6 bereits verheirathet und hatten eine Ausstattung aus dem elterlichen Vermögen erhalten resp. wurden so angesehen, als sei dieß geschehen. Diesen verheiratheten Schwestern sollen — wie es in dem Vertrage ausdrücklich gesagt ist — die dermalen noch unverheiratheten gleichgehalten, auch ihnen sollte zutreffenden Falls ein Heirathsgut aus dem elterlichen Vermögen werden. Selbstverständige Voraussetzung war es also, daß zur Zeit der Verheirathung noch ein elterliches Vermögen — im Gegensatze zum Separatvermögen der Kinder — bestehe. Ein elterliches Vermögen existirte aber als solches nur, so lange die Wittwe noch lebte, und den Besitz und den Genuß des Sammtgutes hatte.

Mit dem Tode derselben erscheint dieses Vermögen, wenn auch factisch ungetheilt, doch rechtlich nur noch als Vermögen der einzelnen L.'schen Kinder und es handelt sich für die Klägerin gar nicht mehr um Ausstattung aus demselben, sondern nur noch um dessen richtige Vertheilung. — Entscheidend für diese Auffassung ist jedenfalls

2) der Zusatz am Schlusse des Vertrags, demzufolge „ein jedes Heirathsgut (also auch das den beiden noch unverheiratheten Töchtern bewilligte) demnächst auf den Erbtheil aufgerechnet werden muß.

Von einem demnächst bei der Erbtheilung zu conferirenden Heirathsgute der Klägerin konnte selbstverständlich nur dann die Rede sein, wenn die Forderung auf solches vor dem Zeitpunkte

der zu bemerkenden Theilung ersichtlich geworden. Es kann unmöglich beabsichtigt gewesen sein, der Klägerin ein Heirathsgut zu bewilligen, welches in demselben Augenblicke, wo sie es zu fordern hatte, wieder zu restituiren gewesen wäre. — Nun ist aber mit dem Tode der Mutter, bei deren Lebzeiten es nach dem Vertrage zu einer Erbtheilung nicht kommen konnte, sofort ihnen jene Erbtheilungsrecht eingetreten. Die Klägerin hat nunmehr den Vortheil, daß sie, weil sie kein Heirathsgut bekommen, eben deshalb auch Nichts zu conferiren braucht, während die Schwestern, resp. deren Ehemänner oder Kinder, allerdings die bereits empfangenen Ausstattungen conferiren müssen, allein sie erhält das, was sie von den übrigen Schwestern vorausbekommt, nicht als Heirathsgut, sondern auf ihre Erbportion. — Ganz in Uebereinstimmung hiermit steht nun auch

3) die Behandlung, welche die Ausstattungs-Angelegenheit in dem von sämmtlichen Erbinteressenten, einschließlich der Klägerin, nach dem Tode der Mutter über die Nachlaßmasse und deren Vertheilung geschlossenen Vertrage vom September 1851 gefunden hat. Die Eintheilung soll danach in der sechs unter 2 erwähnten Weise bewirkt werden. Von einem der Klägerin zukommenden Heirathsgute von 3000 fl. ist dagegen nicht mehr die Rede. Allerdings wird unter III. festgesetzt, daß einem jeden der 9 Erben 1400 fl. als „Ausstattung und Morgengabe" zugerechnet werden sollen, und ergibt sich aus den dort getroffenen Bestimmungen, daß Klägerin diese sogenannte Ausstattung ohne Rücksicht auf etwaige Verheirathung sofort und ungeschmälert zu empfangen hatte, während die Schwestern dieselbe zum größeren Theile bereits erhalten haben. Allein ebendarin, daß die Ausstattung &c. nicht durch die Verheirathung der Klägerin bedingt ist, und daß sie auch dem Bruder gebührt, zeigt sich klar, daß dieselbe gar nicht die Natur eines Heirathsguts hat, sondern daß damit nur ein Theil der Erbportion gemeint ist, welcher — um möglichst schnell eine factische Gleichstellung der Geschwister herbeizuführen — schon vor definitiver Erledigung der Nachlaß-Angelegenheit, einem jeden der Erbinteressenten, in so weit, als er nicht durch die Conferenden anzugemessen wird, baar ausbezahlt werden soll. Daß Klägerin nicht neben diesen, auf ihre Erbportion ihr zukommenden 5000 fl. das Heirathsgut von 3000 fl. und dem Ver-

Digitized by Google

trage vom 4. Januar 1845 zu fordern berechtigt ist, gibt sie selbst zu. In dem Rechte auf Auskehrung des eigenen Erbtheils aber kann unmöglich zugleich ein Anspruch auf Ausstattung durch die Geschwister, also aus deren Vermögen, begriffen sein. Der Vertrag vom September 1851 enthält hiernach zwar nicht — wie die vorigen Gerichte annehmen — einen Verzicht der Klägerin auf das aus dem Vertrage vom 4. Januar 1845 ihr gebührende Heirathsgut, wohl aber — was praktisch auf dasselbe herauskommt — die allseitige Anerkennung, daß der deßfallsige Anspruch der Klägerin, in Folge des vor ihrer Verheirathung eingetretenen Todes der Mutter, beseitigt sei, und es sich dermalen unter den Geschwistern nur um Erbtheilung handle.

Die Zurückweisung der auf Zahlung eines Heirathsguts von 3000 fl. gerichteten Klage, unter Verurtheilung der Klägerin in die Streitkosten und Vorbehalt der Entschädigungsansprüche des Beklagten wegen des ungerechtfertigter Weise gegen ihn impetrirten Arrestes, erscheint hiernach von dem Standpunkte des Richters erster Instanz aus, vollkommen gerechtfertigt. — Wenn aber Klägerin

B. in den höheren Instanzen versucht hat, der Klage aus dem Vertrage vom 4. Januar 1845 eine solche aus dem Vertrage vom September 1851 zu substituiren, so ist dieß prozessualisch eben so unzulässig als materiell unbegründet, in welcher Beziehung es genügt, auf die Entscheidungsgründe zum angefochtenen Erkenntnisse und die obige Ausführung unter A. 3 zu verweisen.

157.

E. Eliason zu Hamburg, Kläger und Widerbeklagter gegen **M. S. Sonnemann**, jetzt dessen Erben, Beklagte und Widerkläger, Forderung und Rechnungsstellung betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 29. Juni 1858.

Von den in voriger Instanz aufgestellten Beschwerden bezogen sich

I. sämmtliche beklagtische und die beiden ersten klägerischen Beschwerden auf das im Jahre 1850 zwischen dem Kläger und Neufelder, als Associe der Handlung Sonnemann & Neufelder in New-York, über die in [9] der Stadtgerichts-Acten facturirten Waaren abgeschlossene sogenannte Conto-a-meta-Geschäft. Alle diese Beschwerden sind durch das angefochtene Erkenntniß als unbegründet zurückgewiesen worden, wogegen dermalen grav. unic. des Klägers und grav. I. der Beklagten gerichtet sind, so daß es auf eine wiederholte Beurtheilung jener Beschwerden voriger Instanz ankommt.

A. Die erste Beschwerde der Beklagten war darüber erhoben, daß nicht die Angaben, die sie über den Inhalt und die Bedeutung des genannten Geschäfts gemacht, für richtig angenommen und bei Beurtheilung des vorliegenden Rechtsverhältnisses zu Grunde gelegt worden sind. Diese Beschwerde ist jedoch mit Recht verworfen worden. Die gedachten beklagtischen Angaben durften

1) schon aus prozessualischen Gründen nicht berücksichtigt werden.

a) Kläger hat in der Klage angeführt, er habe mit der Handlung Sonnemann & Neufelder ein „Conto-a-meta-Geschäft" eingegangen, in Folge dessen er derselben die in [9] verzeichneten Waaren zu den daselbst bemerkten Preisen zum Verkaufe für gemein-

schaftliche Rechnung eingesandt und darauf eine „Einzahlung" von im Ganzen Bco. 901. 8ß erhalten habe. Damit war der Inhalt des fraglichen Rechtsgeschäfts in genügender Weise bezeichnet. Mit dem Ausdrucke „Conto-meta-Geschäft" verbindet der im Geschäfts-Verkehre herrschende eben so wie der juristische Sprachgebrauch einen ganz bestimmten Begriff. Man versteht darunter ein von zwei Personen mit durchaus gleicher pecuniärer Betheiligung gemachtes kaufmännisches Unternehmen. Selbstverständlich ist es dabei, daß wenn der eine Socius die zur gemeinschaftlichen Operation bestimmten Waaren hergibt, ihm deren Werth von dem andern Genossen zur Hälfte entweder baar oder in Rechnung vergütet werden muß, und wenn der Kläger die den Sonnermann & Neufelder remittirten Bco. 901. 8ß. als von ihnen gemachte „Einzahlung" bezeichnete, so lag darin die Behauptung, daß dieser, der Hälfte des Factura-Preises der Waaren bis auf eine unbedeutende Differenz (conf. unten sub. 2) gleichkommende Betrag eben jene Vergütung gebildet habe. Nun hat der beklagtische Erblasser in der Exceptionshandlung diesen klägerischen Angaben keinen Widerspruch entgegengesetzt, vielmehr ausdrücklich es als wahr eingeräumt, daß Kläger der Handlung Sonnermann & Neufelder die fraglichen Waaren „zum Consignations-conto-a-meta-Verkaufe" eingesandt habe, und daß die dafür angesetzten Preise die ursprünglich angegebenen seien; der später gemachte Versuch aber, die „Conto-a-meta-Verkaufs-Consignationen" dem Conto-meta-Geschäft als eine eigenthümliche Art von Rechtsgeschäft entgegenzusetzen, welches sich von dem letzteren dadurch unterscheide, daß die Waare nicht gemeinschaftlich werde, sondern nur die Kosten gemeinschaftlich zu tragen und der durch den Verkauf sich herausstellende Gewinn, — vielleicht auch der Verlust — zu theilen sei, entbehrt aber jeder Grundlage. Insbesondere ist diese abweichende Bedeutung des Geschäfts durch die Einschiebung der Worte „Consignations-Verkauf" oder „Verkaufs-Consignation" in keiner Weise genügend indicirt. Der Ausdruck „Consignation" kann auch bei dem Conto-a-meta-Geschäft dann ganz passender Weise gebraucht werden, wenn ein europäisches Haus Waaren, die bis dahin in seinem Allein-Eigenthum gestanden, an ein überseeisches Haus sendet, damit dieses sie für gemeinschaftliche Rechnung verkaufe. Hiernach

Digitized by Google

mußte also die klägerische Angabe über den Inhalt des gedachten Geschäftes für eingestanden, die nachträglich versuchte anderweite Deutung desselben aber für verspätet erachtet werden. Es kömmt hinzu

b) daß die Beklagten in ihren, die angebliche wahre Natur des fraglichen Geschäfts betreffenden Ausstellungen sich durchaus nicht treu geblieben sind. — — —

Allein auch abgesehen von diesen prozessualischen Gründen war den vorigen Gerichten

2) darin beizutreten, daß nach Maaßgabe der vorliegenden Correspondenz und der von Sonnemann & Neufelder gemachten Rimessen das fraglische Geschäft kein anderes gewesen sein kann, als das vom Kläger behauptete reine Conto-meta-Geschäft. Es kann in dieser Beziehung auf die Entscheidungsgründe zum angefochtenen Erkenntnisse verwiesen und muß nur auf den in der Correspondenz immer wiederkehrenden Ausdruck „a-meta-" ein entschiedeneres Gewicht gelegt werden, als es dort geschehen ist. — — —

Neufelder hätte die Waare, wenn sie im Allein-Eigenthum des Klägers geblieben wäre, eine a-meta versandte Waare nicht nennen, er hätte vollends von einer zu remittirenden a-meta-Summe nicht sprechen können. — Ein auf die Waaren zu machender Vorschuß könnte mit diesem Ausdrucke um so weniger bezeichnet werden, als Beklagte die Behauptung gar nicht aufstellen, daß Neufelder sich dem Kläger zu einem Vorschusse auf das fragliche Geschäft verpflichtet gehabt habe. — — —

Ebenso wenig kann darauf ein Gewicht zu Gunsten der Beklagten gelegt werden, daß die remittirte Summe von Bco. 901. 8. nach des Klägers eigener Berechnung in [9] der Stadtgerichts-Acten nicht genau die Hälfte des Factura-Preises von 894 Thlr. 9½ Sgr. repräsentirt, sondern diese um den Betrag von 6 Thlr. 17¾ Sgr. übersteigt. Denn da die Rimessen erst auf den 27. October resp. November gestellt waren, ist von deren Betrag — worauf die vorigen Richter mit Recht hinweisen — der Disconto in Abzug zu bringen. Hiernach hat man keinen Grund daran zu zweifeln, daß jene Rimessen zu dem Zwecke gemacht worden sind, um dem Kläger die Hälfte des festgestellten Factura-Preises der Waaren zu vergüten,

und diese Thatsache erhebt — wie bereits in den Entscheidungsgründen zum angefochtenen Erkenntnisse bemerkt ist — die Richtigkeit der klägerischen Angaben über den eigentlichen Inhalt des fraglichen Geschäftes über allen Zweifel.

Entbehrt hiernach das Verlangen der Beklagten, die remittirten Bco. 901. 8. nicht als Geschäfts-Einschuß des Hauses Sonnemann & Neufelder, sondern als von demselben dem Kläger gemachten Vorschuß behandelt zu sehen, jeder Begründung, so mußte es bei der vom Stadtgerichte zunächst ausgesprochenen unbedingten Verurtheilung der Beklagten in 60 Pfd. 86 Cts., gegen welche ein weiterer Einwand nicht erhoben worden ist, sein Bewenden haben. — Daraus folgt dann von selbst die Verwerflichkeit des die Zurückweisung der Widerklage betreffenden beklagtischen grav. V. voriger Instanz. Denn diese Widerklage beruht auf der Voraussetzung, daß sich bei dem Conto-meta-Geschäfte ein Saldo zu Gunsten von Sonnemann & Neufelder herausstelle.

B. Die Beurtheilung der übrigen auf das Conto-meta-Geschäft bezüglichen Beschwerden der Beklagten sowohl als des Klägers ist durch Beantwortung der Frage bedingt, ob Kläger nach der unter A. festgestellten Natur des zwischen ihm und Sonnemann & Neufelder obwaltenden Rechtsverhältnisses den von denselben bewerkstelligten Verkauf der fraglichen Waaren, so wie er abgeschlossen, anzuerkennen verpflichtet, oder ob er berechtigt ist, demselben seine Genehmigung zu versagen und statt des wirklichen Provenü's Ersatz des halben Faktura-Preises zu fordern. Sieht man hier zunächst

1) von der Bezugnahme des beklagtischen Erblassers auf das in New-York geltende Recht ab, so muß die vorstehende Frage — jedoch mit einigen Modificationen — zu Gunsten des Klägers beantwortet werden.

a) Es kann zwar nicht als eingestanden angesehen werden, ja es ist in erster Instanz nicht einmal mit gehöriger Bestimmtheit vom Kläger behauptet worden, daß zwischen ihm und Neufelder die ausdrückliche Verabredung getroffen sei, die Waaren sollten nicht unter den in [9] der Stadtgerichts-Acten facturirten Preisen — zu denen noch die von Sonnemann & Neufelder für Zoll ꝛc. zu machenden Auslagen hinzuzuschlagen waren — verkauft werden.

Gleichwohl kann darüber kein Zweifel sein, daß die Absicht der Contrahenten hierhin gegangen ist, und daß also Sonnemann & Neufelder keineswegs — wie Beklagte vermeinen — freie Hand zu einem Verkaufe der Waaren nach bestem Ermessen hatten, sondern an jene Preise dergestalt gebunden waren, daß sie nur im Falle eines Einverständnisses des Klägers oder insofern als durch das beiderseitige Interesse wirklich geboten war, einen Verkauf, der ein geringeres Netto-Provenü ergab, bewerkstelligen durften. Es ist von Sonnemann & Neufelder durch die von ihnen bewirkte Einzahlung der Hälfte der facturirten Preise thatsächlich anerkannt, auch beklagtischerseits im gegenwärtigen Processe zugestanden, daß jene Preise von beiden Contrahenten als die den wahren Werth der Waaren bei ihrer Absendung repräsentirenden betrachtet worden sind, und es war selbstverständliche Folge hiervon, daß wenigstens diese Preise zuzüglich der Spesen durch den Verkauf gedeckt werden mußten, wenn der eigentliche Zweck des Geschäftes nicht gänzlich vereitelt werden sollte. So haben auch Sonnemann & Neufelder, ausweislich der Correspondenz die Sache angesehen. Sie haben bei den in (10) der Stadtgerichts-Acten aufgeführten Waaren, welche den Gegenstand einer reinen Verkaufs-Commission bildeten, die vom Kläger dafür facturirten Preise ohne Weiteres als ihnen gesetzte Verkaufslimiten betrachtet und konnten die vertragsmäßig festgestellten Factura-Preise der a-meta-Waaren nur unter denselben Gesichtspunkte auffassen. Dem entspricht vollkommen ihr Schreiben vom 25. October 1850, ausweislich dessen sie sich keineswegs zum Verkaufe nach bestem Ermessen für befugt, sondern es für nöthig hielten, zunächst den Kläger zu Angaben darüber aufzufordern, was mit der nur mit Verlust verkäuflichen Waare geschehen solle. Hätten sie aber auch über den Umfang ihrer Befugnisse in Zweifel sein können, so war doch ein solcher Zweifel nach den klägerischen Schreiben vom 30. November 1850 und 9. April 1851, worin entschieden gegen einen Verkauf mit mehr als 10 pCt. Verlust protestirt wurde, nicht mehr möglich. Sonnemann & Neufelder erkannten hieraus die, den ursprünglichen Vertragsbedingungen jedenfalls nicht widersprechende Intention ihres Mitcontrahenten auf das Allerunzweideutigste, und können sich, wenn sie gleichwohl mit weit größeren

als dem dort zugestandenen Verlust verkauft haben, nicht darauf berufen, daß sie durch den beiderseitigen Vertragswillen zu einem Verkaufe nach eigenem besten Ermessen und ohne ihnen gezogene formelle Schranke ermächtigt gewesen sein. — Ebenso wenig können Beklagte

b) das Verfahren von Sonnemann & Neufelder damit rechtfertigen, daß dieselben behufs Wiedererlangung der von ihnen auf den Zoll u. s. w. gemachten Auslagen zum Verkaufe unter Limitum berechtigt gewesen wären. Eine derartige Verkaufsbefugniß setzt immer eine mora des zum Ersatze der Auslagen verpflichteten Theils voraus. An solcher aber fehlt es im vorliegenden Falle auf Seiten des Klägers gänzlich. Das im Schreiben vom 18. Mai 1851 gestellte Verlangen, daß Kläger die ihm übermachten Bco. 901. 8. remittire und die gesammten Zollauslagen (in dem überdieß übersetzten Betrage von 375 Doll. 70 Cts.) ersetze, war ein durchaus unberechtigtes, mithin nicht geeignet, den Kläger in Verzug zu versetzen.

Dagegen mußte

c) der Verkauf dann allerdings als gerechtfertigt angesehen werden, wenn — wie beklagtischerseits behauptet wird — der beabsichtigte Preis für die Waaren überhaupt nicht zu erzielen und von einem längeren Liegenlassen eine gänzliche Entwerthung derselben zu befürchten, oder wenigstens kein günstigeres Resultat zu erwarten gewesen sein sollte. Das Vorhandensein dieser Voraussetzung haben jedoch Beklagte nachzuweisen, da sie sich nicht darauf, daß Sonnemann & Neufelder nach bestem Ermessen zu handeln gehabt, sondern nur darauf berufen können, daß die Umstände wirklich der Art gewesen, um einen Verkauf zu der fraglichen Zeit und zu geringeren als den übereinkunftsmäßigen Preisen als im beiderseitigen Interesse geboten erscheinen zu lassen. — Endlich kann

d) für den Fall, daß dieser Beweis mißlingen sollte, dem Kläger ein Anspruch nicht auf die volle Hälfte der Factura-Preise, sondern nur auf 90 pCt. derselben eingeräumt werden. Denn in seinem Schreiben vom 9. April 1851 hat er in einem Verkauf mit 10 pCt. Verlust eingewilligt, und er darf daher — wenn wirklich nicht mehr erzielt worden ist, was er gar nicht behauptet — auch

die Beklagten für mehr als 90 pCt. nicht verantwortlich machen. Daß Beklagte — welche der klägerischen Forderung im Allgemeinen widersprechen — einen besonderen, den Abzug jener 10 pCt. betreffenden Einwand in erster Instanz nicht vorgebracht haben, steht der Berücksichtigung des Inhalts des gedachten erst mit der Duplik auf die Widerklage vorgelegten Schreibens in der angeführten Richtung nicht entgegen. Kläger muß sich vielmehr diejenigen Beschränkungen seines Klagantrages, die aus einem von ihm selbst producirten Documente sich ergeben, auch ohne besonderen deßfallsigen Antrag der Beklagten gefallen lassen.

An den vorstehenden Ergebnissen wird

2) durch das Berufen des beklagtischen Erblassers darauf, daß Sonnemann & Neufelder zu einem Verkaufe nach Gesetz und Handelsbrauch in New-York zur Erlangung ihrer gemachten Vorschüsse berechtigt gewesen seien, Nichts geändert, und liegt insbesondere kein Grund vor, den Beklagten noch einen Beweis über ein besonderes in der fraglichen Beziehung an dem genannten Orte geltendes Recht nachzulassen. — Abgesehen von der Frage, ob bei einer in Europa eingegangenen Societät, die allerdings ein in New-York auszuführendes Geschäft zum Gegenstande hatte, über dessen Ergebnisse aber doch in Europa (zwischen Hamburg und Frankfurt) abgerechnet werden sollte, New-Yorker Gesetz und Handelsbrauch schlechthin für entscheidend zu erachten sein würde, hat beklagtischer Erblasser die Existenz eines von dem gemeinen Rechte abweichenden dortigen Rechts mit genügender Bestimmtheit gar nicht behauptet. Denn auch nach gemeinem Rechte ist der mit dem Waarenverkaufe Beauftragte unter Umständen berechtigt, zum Zwecke der Deckung seiner Auslagen den Verkauf unter dem nicht erreichbaren Verkaufslimitum zu bewirken, und daß und worin das New-Yorker Recht hier zum Besten des Beauftragten weiter gehe, ist von beklagtischer Seite nicht behauptet und dargelegt, noch weniger irgend gezeigt, wie auch in einem Societätsverhältnisse der vorliegenden Art ein von dem gemeinen Rechte abweichendes besonderes New-Yorker Recht zur Anwendung zu bringen sein sollte.

Was nun nach solchergestalt festgestellter Grundlage

C. die einzelnen noch in Betracht zu ziehenden Beschwerden beider Theile anlangt, so erscheint — — —

1) — — — — — — — — — — — — — — — —

2) — — — — — — — — — — — — — — — —

3) die erste Beschwerde voriger Instanz des Klägers, daß Beklagte nur in die Zahlung von 60 Doll. 86½ Cts. verurtheilt und denselben im Uebrigen die Beibringung einer Specification und die Beweise über die Berechtigung zum Verkaufe nach New-Yorker Recht und den Zollbetrag nachgelassen werden, statt daß dieselben in die geforderten 453 Thlr. 22 Sgr. sammt Verzugszinsen sofort unbedingt hätten verurtheilt werden müssen — zwar nicht in ihrem vollen Umfange, aber doch theilweise für begründet zu erachten. Diese Beschwerde war, wie sich aus der Beschwerde-Ausführung voriger Instanz ergibt,

a) zunächst und vorzugsweise gegen den vom Stadtgerichte den Beklagten nachgelassenen Beweis eines in New-York bestehenden, das Haus Sonnemann & Neufelder zu dem fraglichen Verkaufe ermächtigenden, Rechtes gerichtet. Diese Beschwerde mußte — nach Maaßgabe obiger Ausführung unter B. 2 — im Sinne des Beschwerdeführers beantwortet und deßhalb der fragliche Beweisnachlaß beseitigt werden. — Soweit die in Rede stehende klägerische Beschwerde ferner

b) gegen die den Beklagten nachgelassene Specification des angeblichen Waaren-Erlöses gerichtet ist, erscheint dieselbe ebenfalls begründet. Es kommt — nachdem, was oben unter B. 1 gesagt worden — auf den wirklichen Erlös überall nicht, sondern nur darauf an, ob ein Verkauf im Interesse der Contrahenten geboten war und wieviel durch denselben erzielt werden konnte. — Dagegen stand

c) dem Verlangen des Klägers, daß schon jetzt eine unbedingte Verurtheilung auf einen höheren Betrag als den von 60 Doll. 86½ Cts. ausgesprochen werde, nicht zu entsprechen, indem — nach der Ausführung unter B. 1 c — den Beklagten der Beweis nicht abgeschnitten werden konnte, daß ein Verkauf mit einem unter den Factura-Preisen zurückbleibenden Netto-Provenü im beiderseitigen Interesse geboten gewesen sei. Liefern die Beklagten

den fraglichen Beweis nicht, so bestimmt sich die von ihnen dem Kläger herauszuzahlende Summe lediglich nach den Factura-Preisen in [9]. Gelingt dagegen jener Beweis ganz oder theilweise, kommt es also auf das durch den Verkauf der Waaren wirklich erzielte, oder den Umständen nach zu erzielen gewesene Provenü an, so kommen auch noch die Auslagen von Sonnemann & Neufelder in Betracht, und es war deßhalb für diesen Fall bei dem vom Stadtgerichte den Beklagten nachgelassenen und nicht besonders angefochtenen Beweise zu belassen, daß der Zoll auf die a-meta-Waaren mehr als 147 Doll. 20 Cts. und wieviel mehr bis zu 292 Doll. 40 Cts. betragen habe.

d) Jetzt schon für den Fall, daß die den Beklagten nachgelassenen Beweise überhaupt nicht oder nicht vollständig erbracht werden sollten, eine eventuelle Verurtheilung zu bestimmten Summen auszusprechen, konnte nicht angemessen erscheinen, da sich die verschiedenen möglichen Eventualitäten nicht wohl übersehen lassen. Soviel ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen, daß Kläger sich bei Zugrundelegung der facturirten Preise jedenfalls einen Abzug von 10 pCt. gefallen lassen muß. — — —

5) Grav. II. sub. 3 voriger Instanz des Klägers war darüber erhoben, daß den Beklagten nicht, außer dem Betrage des zu zahlen gewesenen Zolls auf die Waare, auch die geschehene Entrichtung desselben zu beweisen auferlegt worden. Die vorigen Richter haben in ihren Entscheidungsgründen anerkannt, daß der vom Stadtgerichte auferlegte Beweis nicht durch bloße Production des Zolltarifs zu erbringen, vielmehr auf den wirklich entrichteten Zollbetrag zu beziehen sei, und dem sind die Beklagten durch ihre in gegenwärtiger Instanz abgegebene Erklärung beigetreten: das Verlangen, auch die wirkliche Entrichtung des Zolls, nicht bloß die Tarifirung, bewiesen zu sehen, wurde vollständig erfüllt, und die Quittungen könnten beigebracht werden.

Hierdurch findet die Beschwerde des Klägers ihre Erledigung. Es versteht sich von selbst, daß Beklagte den ihnen in Betreff des Zolls obliegenden Beweis in demjenigen Maaße zu liefern haben, zu dem sie sich selbst von freien Stücken bereit erklären.

II. Einen weiteren Gegenstand der beiderseitigen Beschwerden

voriger Instanz bildet das sub. 3 der der Klage libellirte Commissionsgeschäft über die in [10] der Stadtgerichts-Acten zum Betrage von 370 Thlr. 10 Sgr. facturirten Waaren. — Das Stadtgericht hatte die Beklagten unbedingt zur Zahlung von 76 Doll. 57 Cts. nebst Verzugszinsen, und für den Fall, daß sie den ihnen nachgelassenen Beweis eines höheren, als des vom Kläger zugestandenen Zollbetrags nicht liefern sollten, zur Zahlung weiterer 29 Doll. 50 Cts. (nämlich von 106 Doll. 7 Cts. statt jener 76 Doll. 57 Cts.) ebenfalls mit Verzugszinsen, verurtheilt; die klägerische Mehrforderung aber für unbegründet erklärt. Hierbei beruhigten sich die Beklagten, Kläger aber beantragte mittelst grav. III. voriger Instanz:

1) die Beschränkung der Verurtheilung auf 76 Doll. 57 Cts., resp. 106 Doll. 7 Cts., aufzuheben;

2) den Beklagten neben den vom Stadtgerichte geforderten Beweisen des Zollbetrages noch Nachweis darüber aufzulegen, daß

a) die in [10] der Stadtgerichts-Acten unter Nr. 15 3 und 12 aufgeführten Waaren in der von den Beklagten angegebenen Weise beschädigt (durchnagelt resp. gefleckt) gewesen seien, und

b) für die verkauften Waaren nicht mehr als beklagtischerseits angegeben worden, oder doch weniger als die vom Kläger in [10] angesetzten Preise erlöst worden.

3) den Beklagten für den Fall der Nichtlieferung dieser Nachweisungen zur Zahlung des ganzen Factura-Betrages von 370 Thlr. 18 Sgr. nebst Verzugszinsen zu verurtheilen.

Die vorigen Richter haben den Anträgen unter 1 und 2 b nicht aber dem unter 2 a entsprochen und das Verlangen unter 3 thatsächlich dadurch beseitigt, daß sie dem Kläger für den Fall einer nicht gehörigen Befolgung der den Beklagten gemachten Auflagen weitere Anträge vorbehalten haben.

Ueber diese appellationsgerichtliche Entscheidung beschweren sich beide Theile.

A. Beklagte fordern mit grav. II. gegenwärtiger Instanz Wiederherstellung des Stadtgerichts-Erkenntnisses. Dem konnte jedoch nicht entsprochen werden. Es genügt hier eine Verweisung auf die Entscheidungsgründe der vorigen Richter, denen nur folgende Bemerkungen hinzuzufügen sind:

1) Der Grundsatz, daß wer Jemanden eine Waare vertraut, ihm auch die Rechenschaft darüber vertrauen muß, hat in den gedachten Entscheidungsgründen die geeignete Berücksichtigung gefunden, und es versteht sich von selbst, daß unter dem im Decisum von den Beklagten geforderten „Nachweise“ nicht ein strenger Beweis, sondern nur eine Bescheinigung, wie sie in den Motiven charakterisirt worden, zu verstehen ist.

2) Davon, daß Kläger, weil er sich auf einfaches Leugnen beschränkt und einen andern Sachverhalt nicht angegeben, der beklagtischen Angaben für geständig zu erachten, kann im vorliegenden Falle nicht die Rede sein, Kläger hat ein Recht auf Vorlage einer mit den gehörigen Belegen versehenen Rechnung, und war, so lange diese noch nicht erfolgt war, gar nicht in der Lage, sich speciell über die einzelnen vom beklagtischen Erblasser ausgeführten Einnahme- und Ausgabe-Posten erklären zu müssen, er konnte sich vielmehr auf das Verlangen, daß zunächst ordnungsmäßige Rechnung vorgelegt werde, beschränken. — Zudem tritt die prozessualische Pflicht zur Angabe eines anderen Sachverhalts in Beziehung auf fremde Thatsachen überhaupt nicht ein.

B. Kläger beschwert sich in grav. unic. darüber, daß seiner dritten Beschwerde voriger Instanz nicht vollständig entsprochen worden. —

Hierin könnte

1) dem Wortlaute nach auch eine Wiederholung des Verlangens gefunden werden, daß jetzt schon eine eventuelle Verurtheilung der Beklagten zur Zahlung und zwar des ganzen Factura-Preises von 370 Thlr. 18 Sgr. ausgesprochen werde. Indeß ein derartiges Verlangen — welches, soviel den Betrag anlangt, jedenfalls ungerechtfertigt erscheint, weil die Waaren Nr. 17—21 incl. in [10] der Stadtgerichts-Acten zurückgegeben sind, die hierfür angesetzten Preise also unter allen Umständen in Wegfall kommen müssen — ist nicht als wirklich in der dermaligen Intention des Klägers liegend anzusehen. Denn sein Petitum ist in gegenwärtiger Instanz nicht, wie in der vorigen, auf jene Verurtheilung, sondern nur darauf gerichtet, daß den Beklagten neben den beiden von den vorigen Gerichten normirten, auch noch der Beweis der von ihnen behaupteten Beschädigung

der in [10] der Stadtgerichts-Acten unter Nr. 15, 3 und 12 aufgeführten Waaren auferlegt werde. Es bleibt daher

2) als eigentlicher Gegenstand der Beschwerde nur die Versagung dieser letztgedachten Beweisauflage übrig, und hier mußte allerdings dem Verlangen des Klägers entsprochen werden. — Jene drei Waarenposten sind: — — —

Das Provenü ist hier gegen die Factura-Preise so auffallend gering, daß Beklagte selbst für nöthig gehalten haben, dasselbe durch die Bemerkung, die betreffenden Waaren seien durchnagelt, resp. gefleckt gewesen, besonders zu justificiren. Bei dieser Sachlage kommt es nicht bloß auf das wirklich erzielte Provenü, sondern es kommt auch darauf an, ob die Gründe, welche für die Erlangung nur so geringer Preise angegeben sind, in Wahrheit bestehen. Die Beweislast aber trifft in dem gegebenen Falle unzweifelhaft die Beklagten, da es Sonnemann & Neufelder in New-York, für deren Handlungen sie einzustehen haben, obgelegen hätte, sofort nach Ankunft der Waaren deren Zustand zu constatiren und dem Kläger von der angeblich eingetretenen Beschädigung Anzeige zu machen. Ob ihr gegentheiliges Verhalten nicht sogar die Zulassung zu jenem Beweise auszuschließen geeignet sei, steht nach Fassung der klägerischen Beschwerde nicht weiter in Frage.

Anlangend endlich

III. den Kostenpunkt — — —

A. — — — — — — — — — — — — — — — —

B. — — — — — — — — — — — — — — — —

C. Die Kosten gegenwärtiger Instanz endlich waren, da Kläger in erheblichen Punkten mit seinen Beschwerden durchgedrungen ist, die Beschwerden der Beklagten dagegen nur in einem untergeordneten Punkte (den vom Kläger zu tragenden Verlust von 10 pCt. bei dem Conto-meta-Geschäfte betreffend) begründet gefunden worden sind — wie geschehen — zur Hälfte zu compensiren, zur anderen Hälfte aber den Beklagten zur Last zu bringen.

158.

Dorothea Maria Kremenz, geb. Stamminger, jetzt deren Erben, Klägerin, Widerbeklagte, Appellatin gegen **Anna Elisabetha Horst,** geb. Schwalb zu Hanau, Beklagte, Widerklägerin, Appellantin, Miethforderung und Gegenforderungen betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 13. Juli 1858.

Die Einsicht der eingezogenen Voracten hat die völlige Verwerflichkeit der von der Beklagten anher gebrachten Appellation sofort ergeben. Was nämlich:

I. die der gegenwärtigen Klage entgegengesetzte exceptio rei judicatae betrifft, so beruht diese auf einer durchaus unrichtigen Auffassung. In dem früheren Prozesse hat das Stadtgericht die Klage aus einem am 25. April 1848 über einen Theil Behausung und die Wirthschaftsgeräthschaften der Klägerin, zwischen ihr und den Hahn'schen Eheleuten um 200 fl. geschlossenen Miethvertrage nur bis zum 22. October 1850, als begründet anerkannt, von da ab aber gänzlich abgewiesen und zwar aus dem Grunde, weil an diesem Tage unter den Partheien erwiesenermaßen ein ganz neuer Miethcontract über die ganze Behausung ohne Wirthschafts-Utensilien und zu 400 fl. geschlossen worden, durch welchen der ältere aufgehoben sein müßte und aus diesem neuen Contract nicht geklagt worden sei. Das Stadtgericht hat also über den neuen Contract nur insofern sich ausgesprochen, daß neben demselben der ältere, aus dem allein geklagt worden sei, nicht bestehen könne, und ausdrücklich gesagt, daß der neue Contract, weil aus ihm keine Klage erhoben worden, zur Zeit (hier) nicht weiter in Betracht komme, in keiner Weise also entschieden, daß Klägerin aus diesem nicht noch demnächst klagen könne.

Dieses Urtheil nun hat das Ober=Appellationsgericht pure bestätigt, *) folglich kann nicht davon die Rede sein, daß in dieser höchsten Instanz der Klägerin dieses Recht, aus dem neuen Contracte zu klagen, aberkannt worden sei, weil dieß eine reformatio in pejus gewesen sein würde.

Wenn die Beklagte nun vermeint:

1) daß der neue Miethvertrag allerdings in dem früheren Prozesse mit in lite gewesen, die Klägerin nur keine Rechte daraus hergeleitet, keine Anträge darauf gestützt habe, so stellt sie damit eine sich selbst widersprechende Behauptung auf. Eben weil die Klägerin Letzteres nicht gethan, weil sie die ursprüngliche Klage, nachdem die Beklagte zur Widerlegung derselben den neuen Miethcontract producirt, nicht, unter Benutzung desselben für die Zeit nach dem 22. October 1850 an verändert und erhöht hat, sondern bei der Klage aus dem alten Miethverhältniß unverändert beharrt ist, eben deßhalb war der neue Miethcontract damals nicht in lite, wie das denn auch übereinstimmend in allen drei Instanzen angenommen ist, also rechtskräftig feststeht.

Eben hieraus ergibt sich

2) die Unrichtigkeit der ferneren Behauptung, daß die Klägerin in jenem ersten Prozesse mit ihrer ganzen Miethforderung, also auch für die Zeit nach Abschluß des neuen Contracts, unbedingt und gänzlich abgewiesen sei. Denn nicht zu gedenken, daß ihre Miethforderung von 200 fl. pro Jahr bis zum 22. October 1850 umgekehrt für liquid erkannt worden, ist sie mit der für die weitere Zeit geforderten Miethe nur deßhalb und insofern gänzlich abgewiesen, weil und als sie aus dem alten Contracte geklagt hatte.

Wenn Beklagte sich endlich und ganz besonders

3) noch beruft auf die Entscheidungsgründe zum Urtheile des Ober=Appellationsgerichts vom 22. Januar 1855**) in Betreff der Verwerfung der Beschwerde der Klägerin, daß sie mit ihrer Klage soweit über den 22. October 1850 hinausgehend gänzlich und nicht

*) Siehe Band II. Seite 1 dieser Sammlung.

**) Siehe Band II. Seite 8 und 9 dieser Sammlung.

bloß angebrachtermaßen abgewiesen sei, so ist dieß in der That schwer zu begreifen.

Hier heißt es nämlich: gegründet wäre dieß — nämlich diese Beschwerde — wenn die Klägerin in der Replik für die spätere Zeit ihre Klage verändert, erhöht und aus dem Miethvertrage vom 22. October 1850 von da ab 400 fl. pro Jahr gefordert hätte, denn dann läge in so weit nur eine unzulässige Klagänderung vor und es dürfte dann der Klägerin die Anstellung einer neuen Klage aus diesem Fundamente nicht abgeschnitten werden.

Hieraus folgert die Beklagte argumento a contrario, daß, weil eine Klagänderung nicht vorgelegen habe, die Anstellung einer neuen Klage aus dem neuen Contracte allerdings habe abgeschnitten sein sollen. Allein der klare Sinn der Entscheidungsgründe ist ja gerade im Gegentheil der: hätte eine unzulässige Klagänderung vorgelegen, so hätte, um die Anstellung einer neuen Klage aus dem neuen Contracte nicht abzuschneiden, die Klage nur angebrachtermaßen abgewiesen werden dürfen, weil bei einer definitiven Abweisung der ganzen Klage dann auch der anzustellenden neuen Klage die exceptio rei judicatae entgegen gestanden haben würde. Da nun aber die Klägerin keine Klagänderung vorgenommen habe, sondern auch für die Zeit nach dem 22. October 1850 ein Recht aus dem alten Miethcontracte in Anspruch nehme, so habe in so weit das Stadtgericht die Klage mit Recht gänzlich abgewiesen.

Es folgt hieraus also gerade umgekehrt, daß nun durch die in tantum geschehene gänzliche Abweisung der Klage aus dem alten Miethverhältnisse die Anstellung einer neuen Klage aus dem neuen Contracte nicht abgeschnitten sei, weil es nun, um diese zu salviren, der Abweisung nur angebrachtermaßen nicht bedurft habe.

II. Hinsichtlich der eventuellen Einrede des Verzichts, die sich ebenfalls aus dem früheren Prozesse ergeben soll, so läßt sich

A. schon bezweifeln, ob die Beschwerde in so weit eine zulässige sei. Denn weder nach Fassung noch nach Ausführung der in voriger Instanz aufgestellten Beschwerde, noch auch nach dem Petitum ist damals die Appellation gegen Verwerfung der Einrede des Verzichts gerichtet gewesen, welche Einrede ja nicht zu einer gänzlichen

Abweisung der Klage, um welche dort allein gebeten, sondern nur hinsichtlich eines Betrags von 100 fl. führen könnte.

Allein man kann dieß füglich auf sich beruhen lassen, da jedenfalls

B. die fragliche Einrede eine völlig unbegründete ist.

Will man nämlich auch kein Gewicht darauf legen, daß die Klägerin in der früheren Klage ihre Miethzinsforderung ausdrücklich nur um Weiterungen zu vermeiden, also in der Voraussetzung, daß Beklagte nun keine machen würde, auf die Zeit bis zum Tode der Schwiegertochter, den 17. November 1851 beschränkt und in dem petitum principaliter den Miethpreis für volle 4 Jahre gefordert hat, jene ihre Voraussetzung aber damals nicht eingetreten ist, so ist jedenfalls entscheidend, daß sich der etwaige Verzicht auf eine über den 17. November 1851 hinausgehende Miethforderung nur auf die damals eingeklagte Miethe aus dem alten Contracte vom 25. April 1848 bezieht, und daher auf die Forderung aus dem neuen Contracte vom 22. October 1850 nicht bezogen werden darf.

Aus der Verwerfung der ersten und hauptsächlichen Beschwerde folgt auch die der zweiten wegen der Kosten voriger und nicht minder die Verurtheilung der Beklagten in die Kosten dieser Instanz von selbst.

Außerdem mußte aber auch wider den Sachführer der Beklagten der, in der Verfolgung so klar unbegründeter Einreden bis in die höchste Instanz liegende Mißbrauch des Rechtsmittels mit einer Geldstrafe geahndet werden, da namentlich die der Einrede der Rechtskraft zum Grunde liegende Auffassung der in dem früheren Prozesse ergangenen Entscheidungen so handgreiflich falsch ist, daß bei unbefangenem Nachdenken dieß sich sofort ihm hätte ergeben müssen.

Digitized by Google

159.

Geschworne der Frankfurter **Chirurgen=Innung**, Kläger gegen **Johann Peter Kettler**, Beklagten, Ausübung der Wundarzneikunde betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 13. Februar 1857.

Die Kläger stützen ihre Klage darauf, daß der Beklagte, welcher seine Barbiergerechtigkeit verkauft habe, nicht mehr berechtigt sei, die Wundarzneikunde in ihrem ganzen Umfange, eventuell wenigstens die sogenannte kleine Chirurgie, auszuüben, und beantragen, daß dem Beklagten auf Grund der Innungsstatuten und der Medicinal=Ordnung jene Ausübung untersagt, der Innung auch ihre Schadenersatzansprüche vorbehalten würden.

Der Beklagte schützt zuvörderst die Einrede des unzuständigen Gerichts und die Dunkelheit der Klage vor, läugnet im Uebrigen nicht, daß er seine Barbiergerechtigkeit verkauft habe und daß die Innungsgesetze, insbesondere Art. 15 derselben jedem Wundarzte als Bedingung der Ausübung seines Berufs den Besitz einer Barbiergerechtigkeit vorschreiben, behauptet aber, daß er diesen Innungsgesetzen nicht mehr unterworfen, vielmehr mit Veräußerung seiner Barbiergerechtigkeit aus der Innung ausgetetren sei, und daß weiterhin nach der Medicinal=Ordnung vom Jahre 1841 die Ausübung der Wundarzneikunde für die Chirurgen erster Classe von dem Besitze einer Barbiergerechtigkeit nicht mehr abhängig sei, wonach Beklagter sich für vollkommen berechtigt hält, die Wundarzneikunde ihrem ganzen Umfange nach auszuüben.

Was nun zuvörderst:

1) Die Einrede des unzuständigen Gerichts anbelangt, so stellt sich dieselbe als verwerflich dar, weil nach § 5 der Instruction des Jüngeren Bürgermeisteramts Handwerkssachen zwar an sich vor

diese Behörde gehören, in Fällen aber, wo (wie in dem vorliegenden) solche Sachen (insbesondere die abgeschlossenen Vergleiche) streitig werden oder zweifelhaft erscheinen, auch die Rechte einzelner Innungsglieder durch Eingreifen in das Mein und Dein in Frage kommen, die streitenden Theile zum Behufe einer doctrinellen Auslegung der einschlägigen Bestimmungen an die Civilgerichte verwiesen werden, in welchem Sinne denn auch das Jüngere Bürgermeisteramt laut seines Erkenntnisses vom 21. Juni 1856, welches durch hohen Senat lediglich bestätigt worden, die Partheien bereits beschieden hat.

2) Die Einrede der Dunkelheit der Klage hat der Beklagte in seiner Duplik-Erklärung fallen lassen.

3) Beide Theile sind, was die Sache selbst angeht, darin einverstanden, daß nach Art. 15 der Statuten der Chirurgen-Innung kein Wundarzt sein Gewerbe betreiben darf, ohne im Besitz einer Barbiergerechtigkeit zu sein, daß der Chirurgus, welcher gegen dieses Statut verstößt, als „Stümper" gelten und daß ihm die Ausübung des Gewerbes erst dann wieder verstattet sein soll, wenn er wieder in den Besitz einer Barbiergerechtigkeit gelangt ist.

Ganz im Einklange mit diesem Art. 15 der Innungsstatuten steht aber der § 65 der älteren Medicinal-Ordnung vom Jahr 1817, welcher vorschreibt:

> „Wer hier die Wundarzneikunde ausüben will, ohne Arzt zu sein, muß außer den als Staatsbürger erforderlichen Qualitäten sich in den Besitz einer der hiesigen Barbiergerechtigkeiten gesetzt haben und sodann wegen seinem Examen bei dem Sanitätsamte sich melden."

Bei der Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites werfen sich nun die Fragen auf:

a) Ist der angeführte § 65 der älteren Medicinal-Ordnung durch die neue Medicinal-Ordnung vom Jahr 1841 aufgehoben?

b) Ist — im Bejahungsfalle — Beklagter noch an die Statuten der Innung gebunden, welcher er, wie er sagt, nicht mehr angehört? — oder

c) hat das allgemein bindende Staatsgesetz vor den besagten, nur die Corporation bindenden, Statuten in der Weise den Vorrang, daß Beklagter die ihm durch das Staatsgesetz erlaubte Ausübung

seines Gewerbes sich durch die Innungssatzungen nicht verbieten zu lassen braucht?

Die Beantwortung der sub b und c gestellten Fragen kann aber ganz auf sich beruhen, weil die sub a gestellte Frage lediglich zu verneinen und der vollkommene Einklang der Innungsstatuten mit dem Staatsgesetz, der bestehenden Medicinal-Ordnung nämlich, nicht zu bezweifeln ist. Denn wenn auch die neue Medicinal-Ordnung im Eingang die ältere Medicinal-Ordnung, insofern deren Bestimmungen nicht ausdrücklich bestätigt werden, außer Kraft und Wirkung setzt, und wenn auch in § 49 der neuen Medicinal-Ordnung nur die §§ 75—85, 88 und 89, nicht aber auch der § 65 der älteren Medicinal-Ordnung als in Geltung verbleibend bezeichnet werden, so geht doch aus der rein transitorischen Natur des § 49 und aus dem ganzen Sinn und Geist des neuen Gesetzes unzweideutig hervor, daß es an der Grundeinrichtung des zünftigen und an den Besitz einer Realgerechtigkeit gebundenen Chirurgen-Gewerbes nichts ändern wollte, und es bedurfte der speziellen Bestätigung des § 65 der älteren Medicinal-Ordnung in Bezug auf die Wundärzte erster Classe um so weniger, als in Zukunft überhaupt keine solche mehr dahier aufgenommen werden sollten, und als nach den bestimmten Worten des § 65,

> „jeder Wundarzt muß sich in den Besitz einer der hiesigen Barbiergerechtigkeiten gesetzt haben und sodann rc.“

das neue Gesetz rücksichtlich der zur Zeit der Publikation desselben vorhandenen Wundärzte erster Classe den Besitz einer Barbiergerechtigkeit voraussetzen mußte, wie denn auch der Beklagte selbst nur auf Grund des Besitzes einer solchen Gerechtigkeit zur Ausübung der Wundarzneikunde zugelassen worden ist. Demnach ist auch der § 49 der neuen Medicinal-Ordnung mit den Worten:

„Transitorische Bestimmung“

überschrieben; er gibt lediglich in den bestätigten Paragraphen den vorhandenen Wundärzten erster Classe Anweisung rücksichtlich ihrer Berufsthätigkeit; nirgends wird denselben erlaubt, ihre Gerechtigkeit zu veräußern; nirgends wird ausgesprochen, daß an dem Rechtsbestande, an den Erfordernissen der Wundärzte erster Classe etwas geändert werden solle, vielmehr wird es rücksichtlich dieser Wund-

ärzte, so lange deren noch bestehen, lediglich bei den geltenden Bestimmungen belassen. Wie das neue Gesetz in den §§ 40—48 die Bedingungen, welche zur Aufnahme unter die (in Zukunft allein noch fortbestehenden) Assistenz-Chirurgen (seitherigen Chirurgen zweiter Classe) erforderlich sind und die Art der Thätigkeit dieser Chirurgen, nämlich die Ausübung der s. g. kleinen Chirurgie, verzeichnet, ebenso würde das Gesetz auch die Bedingungen rücksichtlich der Aufnahme unter die Wundärzte erster Classe namhaft gemacht haben, hätte dieses Institut überhaupt noch fortbestehen sollen: rücksichtlich der vorhandenen Chirurgen erster Classe war aber die Aufstellung dieser Bedingungen nicht nöthig, weil sie ein für allemal festgesetzt und als vorhanden vorausgesetzt waren, und das neue Gesetz konnte demnach die Fragen, welche Eigenschaften ein Chirurg erster Classe besitzen müsse, ganz unberührt lassen und sich damit begnügen, die Chirurgen, so lange ihrer noch bestehen, transitorisch auf ihre aus der älteren Medicinal-Ordnung resultirenden Berufspflichten zu verweisen, beziehungsweise die ihnen zur Ausübung der höheren wie niederen Chirurgie zustehende Berechtigung zu bestätigen.

Es kann aber auch durchaus nicht mit dem Beklagten — S. 11—13 seiner Vernehmlassung — angenommen werden, daß die neue Medicinal-Ordnung die Wundärzte erster Classe auf eine höhere Stufe, als die des zünftigen Gewerbes, erheben, daß sie dieselben von dem Zunftzwang befreien und ihnen einen Platz auf der Höhe nicht zünftiger, wissenschaftlicher Kunst anweisen wollte. Im Gegentheil schreibt die neue Medicinal-Ordnung im § 37 ausdrücklich vor, daß die eigentliche Wundarzneikunst künftig nur von Aerzten, welche auch über diesen Theil der Heilkunde besonders geprüft sind, ausgeübt werden und mit dem Barbiergewerbe nicht mehr verbunden sein solle. Aus diesem Satz, aus der Bestimmung, daß künftig den nichtzünftigen A e r z t e n die Ausübung der höheren Wundarzneikunde ausschließlich vorbehalten sein solle, erhellet deutlich, daß rücksichtlich der vorhandenen, nicht auf gleich hoher Stufe wissenschaftlicher Bildung stehenden W u n d ä r z t e an der bestehenden Einrichtung des zünftigen Gewerbes nichts geändert werden sollte.

Für die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich aber auch ein nicht zu verkennendes Moment aus dem Umstande, daß der § 53

des Entwurfs zu der jetzigen Medicinal-Ordnung den Wundärzten erster Classe die Befugniß einräumte, ihre Barbiergerechtigkeiten zu veräußern, ohne deßhalb für ihre Person das Recht zur Ausübung der Wundarzneikunst einzubüßen, daß aber dieser § 53 des Entwurfs bei der definitiven Redaction des Gesetzes nicht in dasselbe aufgenommen wurde.

Vergl. Protocolle der Gesetzgebenden Versammlung Bd. 2 p. 83 seqq. verglichen mit den Frankfurter Jahrbüchern Bd. 4 p. 235 seqq.

Ganz abgesehen von den Motiven, welche zu diesem Fallenlassen des § 53 des Entwurfs Veranlassung gegeben haben mögen, steht doch so viel fest, daß in der Medicinal-Ordnung vom Jahre 1841 kein Anhaltspunkt dafür zu finden ist, daß die reale Gerechtigkeit der Wundärzte erster Classe in eine personale umgewandelt werden sollte, und ganz im Einklang mit dieser Auffassung bezeichnet auch der Beklagte selbst in seiner Vernehmlassung diese Gerechtigkeiten als reale, übersieht aber hierbei freilich, daß diese Einräumung mit seinem übrigen Vorbringen im Widerspruch steht.

Unzweifelhaft würden auch die Barbiergerechtigkeiten wesentlich an ihrem Werth verlieren, wollte man den Inhabern verstatten, sie zu veräußern und ihr Geschäft dennoch für ihre Person weiter zu verrichten, und insofern behauptet Beklagter mit Ungrund, daß den Mitgliedern der Innung aus seinem Vorgehen kein Schaden erwachse.

Wie nun unzweifelhaft feststeht, daß dem Beklagten, so lange er nicht im Besitz einer Barbiergerechtigkeit ist, die Ausübung der höheren sowie niederen Chirurgie nach der Medicinal-Ordnung nicht zusteht, so wird für Recht erkannt:

1) Beklagter hat sich, so lange er sich nicht in den Wiederbesitz einer der hiesigen Barbiergerechtigkeiten gesetzt hat, der Ausübung der Wundarzneikunde ihrem ganzen Umfange nach zu enthalten;

2) Die Kosten dieses Rechtsstreites werden, in Anbetracht, daß es sich hier um Auslegung der Gesetze handelt, und Beklagter nicht als muthwilliger Streiter erscheint, gegen einander verglichen und aufgehoben.

3) Den Klägern bleibt für den Fall, daß der Beklagte der ihm sub 1 gemachten Auflage nicht nachkommen sollte, geeigneter Antrag, insbesondere auch wegen Geltendmachung ihrer Schadenersatzansprüche, soweit sie solche substantiiren können, hiermit vorbehalten.

Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation des Beklagten durch Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 11. Mai 1857 und durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 15. Juli 1858, unter Verfällung des Appellanten in die Kosten, bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Beklagter beschwert sich darüber, daß seine Appellation zweiter Instanz verworfen und er in die Kosten derselben verurtheilt worden. Diese Beschwerde erscheint jedoch ungegründet.

A. Grav. I. voriger Instanz, daß nicht seine Berechtigung zur Ausübung der Wundarzneikunst in ihrem ganzen Umfange anerkannt und deßhalb die Klage refusis expensis abgewiesen worden, findet im Wesentlichen bereits in den Entscheidungsgründen zu den früheren Erkenntnissen seine Widerlegung, denen noch folgende Bemerkungen beizufügen sind:

1) Die Ansicht des Beklagten, es komme nur auf den Wortlaut der unter dem 21. Juli 1841 publicirten neuen Medicinal-Ordnung, nicht auf den Inhalt der der Erlassung dieses Gesetzes vorausgegangenen Entwürfe und Verhandlungen an, verdiente keine Billigung. Es ist unzweifelhaften Rechtens, daß der erwiesene Wille des Gesetzgebers dem unvollkommenen Ausdrucke desselben vorgeht.

Savigny, System I. p. 230 flg.

2) Ueber die eigentliche Intention des Gesetzgebers kann nach Einsicht der aus dem Stadtarchive eingezogenen und vom Appellationsgerichte anher mitgetheilten Acten (B 131 Nr. 18) kein Zweifel übrig bleiben.

Von Seiten der zur Revision der Medicinal-Ordnung von 1817 niedergesetzten Senatscommission war zunächst vorgeschlagen worden, die bis dahin bestehende Eintheilung der Wundärzte in zwei

Classen (§ 60 der älteren Medicinal-Ordnung) zu beseitigen, nur die Wundärzte erster Classe beizubehalten, die Befugniß zur wundärztlichen Praxis aber nach wie vor von dem Besitze einer Barbiergerechtigkeit abhängig sein zu lassen, und der Senat hatte diese Vorschläge adoptirt.

Acta alleg.

Commissionsbericht vom 12. November 1825 sub 6, vergl. mit dem diesem Berichte beigefügten Entwurf einer neuen Medicinal-Ordnung §§ 51, 52 flg.

Rückäußerung des Senats an die Gesetzgebende Versammlung vom 29. December 1825.

Von der Gesetzgebenden Versammlung war damals die Frage: „ob eine Ausübung der Wundarzneikunde durch den Besitz einer Barbiergerechtigkeit zu bedingen," einer ausdrücklichen Erörterung unterzogen, und dieselbe mit Stimmenmehrheit bejaht worden.

Dagegen sollte nach einem von dieser Versammlung angenommenen Entwurfe, den Wundärzten (gegen § 59 resp. 76 der älteren Medicinal-Ordnung gestattet sein, bei rein chirurgischen Krankheiten Todesscheine auszustellen resp. innere Mittel anzuwenden.

ibid. Auszug aus dem Protocoll der Gesetzgebenden Versammlung vom 28. December 1826 § 65; und § 39, 40 resp. 36 und 42 des demselben anliegenden Gesetzentwurfs.

Hiergegen erklärte sich das Collegium medicum et sanitatis mit großer Entschiedenheit.

ibid. Bericht vom 18. December 1827 p. 15 flg.

Der Senat erkannte die Erheblichkeit der von diesem geltend gemachten Gründe und empfahl die Sache der Gesetzgebenden Versammlung zu nochmaliger Prüfung.

ibid. Rückäußerung des Senats vom 1. October 1829 ad 36 und 42.

Die Letztere adoptirte nunmehr einen neuen von ihrer Commission verfaßten (in den späteren Verhandlungen s. g. ersten) Gesetzesentwurf, welcher die erste Classe der Chirurgen strich und deren Functionen den wissenschaftlich gebildeten Aerzten überwies, dagegen die seitherige zweite Classe der Wundärzte als „Assistenz-Chirurgen" beibehielt.

In diesem Entwurfe waren als „transitorische" folgende Bestimmungen aufgenommen.

„§ 53. Jedem der jetzigen Chirurgen erster Classe ist es erlaubt, seine Barbiergerechtigkeit zu behalten oder an einen Assistenz-Chirurgen zu verkaufen, ohne deßhalb für seine Person das Recht zur Ausübung der Wundarzneikunst zu verlieren."

„§ 54. Den dermaligen Chirurgen erster Classe ist es gestattet:

1) in dringenden Fällen bis zur Ankunft eines Arztes — — die nothwendigen innerlichen Mittel einstweilen zu verordnen, und

2) — — — bei chirurgischen Krankheiten, in welchen zur Unterstützung der Heilung innerliche Mittel nöthig sind, solche zu verordnen, auch für die an solchen Krankheiten Verstorbenen Todesscheine auszustellen."

„§ 55. Außer diesem haben sich die gegenwärtig vorhandenen Chirurgen erster Classe, so lange deren noch bestehen, nach der bisherigen Medicinal-Ordnung vom 22. Juli 1817, namentlich den §§ 75—85 einschließlich und 88 und 89 derselben und den ihnen früher gegebenen Gesetzen zu richten."

ibid. Auszug aus dem Protocoll der Gesetzgebenden Versammlung vom 4. October 1834 und der demselben anliegende Gesetzentwurf.

Diese neuen Vorschläge fanden zunächst von Seiten des Senats keinen Anstand; es wurde aber die Sache wegen anderer Bedenken an die Gesetzgebende Versammlung zurückverwiesen.

ibid. Vortrag des Senats vom 31. October 1835 und 8. Februar 1838.

Die Letztere beharrte in einem der beanstandeten Punkte (den Gehalt ꝛc. der Physiker betreffend) bei ihrer Ansicht,

ibid. Auszug aus dem Protocoll vom 19. December 1835 und 31. October. 1838.

und dieß gab Veranlassung, das Collegium medicum et sanitatis zu Bericht zu ziehen, welches nunmehr ex officio die oben mitgetheilten „transitorischen Bestimmungen" als höchst bedenklich zur Sprache brachte und deren Streichung beantragte. — Die erhobenen Bedenken bezogen sich keineswegs bloß auf den proponirten § 54,

sondern richteten sich ausdrücklich auch gegen § 53. Die hier vorgeschlagene Bestimmung würde den Erfolg haben, daß die Wundärzte erster Classe ihre Barbiergerechtsame verkauften und dann, weil es nicht genug chirurgische Fälle gebe, um sie zu beschäftigen, innere Heilkunde auszuüben versuchen, was ihnen durch die Bestimmung des § 54 erleichtert werde.

ibid. Bericht vom 24. December 1838 p. 6.

Der Senat verwies in Folge dieses Berichts den Entwurf abermals an die Gesetzgebende Versammlung zurück mit der ausdrücklichen Erklärung, daß Er sich unter anderen auch die zu den §§ 53 und 54 ausgesprochenen Ansichten des Collegium medicum et sanitatis aneigne.

Vortrag des Senats vom 12. November 1839.

Die Commission der Gesetzgebenden Versammlung äußerte sich nunmehr wörtlich folgendermaßen:

„Nachdem seit dem ersten Entwurfe einer neuen Medicinal-Ordnung manche veränderte Umstände eingetreten sind, theilen wir die Ansicht des Medicinal-Collegs, daß die dort aufgestellten transitorischen Bestimmungen

(folgen die proponirten §§ 53 und 54 wörtlich)

gänzlich wegbleiben können und nur der § 55 unter folgender Fassung als transitorische Bestimmung aufgenommen werde:

„„für die dermaligen Chirurgen erster Classe und so lange ihrer noch bestehen, gelten die §§ 75—85 einschließlich und 88 und 89 der bisherigen Medicinal-Ordnung vom 22. Juli 1817.““

Protocoll der Gesetzgebenden Versammlung II. p. 83.

Von der Versammlung wurden darauf unter anderen auch die „in Bezug auf die — — — §§ 53—56 — — — von der Commission beantragten Abänderungen, Zusätze, Weglassungen und sonstige Modificationen — — — ohne Weiteres angenommen.“

ibid. p. 88.

Die Commission erhielt den Auftrag, über die Gesammtbeschlußnahme in Betreff der neuen Medicinal-Ordnung die Final-Redaction vorzulegen und proponirte am 24. October 1840 den nachher als Gesetz publicirten Entwurf, in welchem die §§ 53 und 54 des

früheren Entwurfs ganz fehlten, der § 55 aber mit der von der Commission vorgeschlagenen veränderten Fassung als § 49 aufgenommen ist.

Acta, die Medicinal-Ordnung betreffend.

Auszug aus dem Protocoll der Gesetzgebenden Versammlung vom 10. October 1840 und der demselben beiliegende Gesetzentwurf.

Die Versammlung ertheilte dieser Redaction ihre Genehmigung und gab dem Senate ihren Wunsch um baldmöglichste Verkündigung und Vollziehung der neuen Medicinal-Ordnung zu erkennen,

cit. Protocoll-Auszug,

worauf der Senat beschloß, daß nunmehr das Gesetz, nach dem in dem Protocoll der Gesetzgebenden Versammlung vom 24. October 1840 genehmigten Entwurfe zu publiciren sei.

ibid. Auszug aus dem Protocoll des Großen Rathes vom 29. Juli 1841.

Dieß ist dann mittelst des in die Gesetzsammlung aufgenommenen Publikandums vom 29. Juli 1841 geschehen.

Nach diesem Verlaufe ist es ganz klar, daß die beiden Factoren der Gesetzgebung mit dem Collegium medicum et sanitatis darüber einverstanden waren, daß es den dermaligen Chirurgen erster Classe nicht gestattet werden solle, ihre Barbiergerechtigkeiten zu verkaufen und gleichwohl die Ausübung der Wundarzneikunst für ihre Person beizubehalten.

3) Mit der oben erörterten Intention des Gesetzgebers steht aber auch die Fassung des publicirten Gesetzes ganz im Einklange. —

Beklagter gründet seine entgegengesetzte Ansicht darauf, daß durch das Publicandum vom 29. Juli 1841 die ältere Medicinal-Ordnung, insofern deren Bestimmungen nicht ausdrücklich beibehalten worden (und dieß ist hinsichtlich des § 65 nicht geschehen) außer Kraft und Wirksamkeit gesetzt sei. — Nun ist es ohne Zweifel richtig, daß § 65 cit. als durch das Publicandum aufgehoben zu erachten. Allein es bedarf

a) keiner Ausführung, daß der Senat sich hierdurch nicht hat in Widerspruch setzen wollen und können mit dem eben noch von

ihm befürworteten und gebilligten Beschlusse der Gesetzgebenden Versammlung. Das Publicandum beweist nur, daß man der Aufhebung des § 65 für die Frage, ob die Wundärzte erster Classe für ihre Person oder nur Kraft des Besitzes einer Barbiergerechtigkeit zur Ausübung der Wundarzneikunst befugt seien, keine Bedeutung beilegte; durchaus nicht, daß diese Frage in dem erstgedachten Sinne entschieden werden sollte. — Die Ansicht über die Einflußlosigkeit der Aufhebung des § 65 auf die dermalen vorliegende Frage ist denn auch

b) materiell vollkommen richtig und wohlbegründet. — Daß die Ausübung der Wundarzneikunst — abgesehen von deren Practicirung durch graduirte Aerzte — an den gleichzeitigen Besitz einer Barbiergerechtigkeit geknüpft und von diesem abhängig war, beruhte nicht auf § 65 der Medicinal-Ordnung von 1817, sondern auf der mit Wiederherstellung der städtischen Verfassung durch die Constitutions-Ergänzungsacte von selbst wieder auflebenden, auch an anderen Stellen jenes Gesetzes (§§ 86 und 87) vorausgesetzten zünftigen Organisation des Betriebs der Chirurgie. Im § 65 cit. wurde nur in Anerkennung jenes Princips eine Maaßregel behufs der gesicherten Durchführung desselben getroffen. Der Erwerb einer Barbiergerechtigkeit sollte der Meldung zum Examen vorausgehen.

Diese Vorschrift ist, soviel die an die Stelle der Wundärzte zweiter Classe getretenen „Assistenz-Chirurgen" anlangt, durch § 41 der neuen Medicinal-Ordnung ersetzt. Für den Chirurgen erster Classe bedurfte es einer entsprechenden Bestimmung nicht weiter, denn es sollten deren keine mehr creirt werden. Der § 65 der älteren Medicinal-Ordnung ist also ganz mit Recht als durch das neue Gesetz beseitigt erachtet. Damit ist aber in keiner Weise das Princip beseitigt, zu dessen Schutze seine Vorschrift hatte dienen sollen. Dieses Princip besteht vielmehr, in Folge der nirgends aufgehobenen Zunftverfassung, fort und hat, soviel die Chirurgen erster Classe betrifft, im § 49 des neuen Gesetzes eine indirecte Anerkennung gefunden, indem dieser Paragraph auf die von den Gehülfen oder Gesellen und Lehrlingen handelnden §§ 98 und 99 der alten Medicinal-Ordnung, als noch in Kraft bleibend, hinweist. Beklagter sieht es selbst als unzweifelhaft an, daß das Halten von Gesellen und

Lehrlingen auch jetzt noch durch den Besitz einer Barbiergerechtigkeit bedingt sei. Man hat aber durchaus keinen Grund, hier eine vom Gesetze nirgends angedeutete Unterscheidung zu machen und die Chirurgen erster Classe als nur theilweise noch an die Zunftverfassung gebunden, theilweise dagegen von derselben befreiet anzusehen. Vielmehr ist, wenn § 49 cit. den „dermaligen" Chirurgen erster Classe, „so lange ihrer noch bestehen," die Ausübung der Wundarzneikunst nach Maaßgabe der §§ 75 — 85, 88 und 89 der bisherigen Medicinal-Ordnung vom 22. Juli 1817 gestattet, der Begriff eines Chirurgen erster Classe unverändert geblieben, und, wie es früher für die ganze Classe solcher Chirurgen eine unerläßliche Bedingung bildete, daß sie im Besitze einer Realgerechtigkeit waren und blieben, so gehört dieß selbstverständlich auch jetzt für die einzelnen einstweilen noch tolerirten Personen dieser Classe zu den nöthigen Voraussetzungen.

4) Dem Beklagten gegenüber ist es endlich jedenfalls entscheidend, daß er den Art. 15 der Innungsstatuten beschworen und somit speziell die Verpflichtung übernommen hat, für den Fall, daß er seine Barbiergerechtigkeit verkaufe, sich aller Praxis chirurgiae zu enthalten. Wenn derselbe meint, diese Verpflichtung sei für ihn deßhalb erloschen, weil er seine Barbiergerechtigkeit verkauft habe — d. h. mit anderen Worten, weil der Fall eingetreten, für den er sich verpflichtet hat — so bedarf dieß keiner Wiederlegung.

B. Die zweite Beschwerde voriger Instanz des Beklagten, daß das Verbot nicht auf die zum Wirkungskreise der Assistenz-Chirurgen gehörende s. g. kleine Chirurgie beschränkt worden, ist gleichfalls mit Recht verworfen worden. Daß Beklagter ohne den Besitz einer Barbiergerechtigkeit zur Ausübung der Wundarzneikunst überhaupt nicht befugt, also auch von der s. g. höheren chirurgischen Praxis ausgeschlossen ist, ergibt sich ohne Weiteres aus den Ausführungen zu grav. I. voriger Instanz. Nur das könnte in Zweifel gezogen werden, ob die klägerische Innung legitimirt sei, in dieser letzteren Richtung mittelst einer Civilklage gegen ihn einzuschreiten. Indeß muß dieß mit den vorigen Richtern angenommen werden.

So lange noch Chirurgen erster Classe mit den in § 49 der Medicinal-Ordnung ihnen eingeräumten Befugnissen bestehen, — und

daß dieß dermalen der Fall, hat Beklagter selbst angegeben, — hat die Innung deren Rechte und Interessen mit zu vertreten, sie ist also befugt, auch gegen solche Contraventionen einzuschreiten, welche einen Eingriff zwar nicht in die Befugnisse der Assistenz-Chirurgen, wohl aber in diejenigen der Chirurgen erster Classe enthalten.

C. Die Verurtheilung des Beklagten in die Kosten voriger, ebenso wie in die gegenwärtiger Instanz ergibt sich als Selbstfolge der Verwerfung der in der Hauptsache von ihm aufgestellten Beschwerden.

160.

Margaretha R. geb. **M.**, Klägerin, Appellatin gegen ihren Ehemann **Joh. Caspar R.**, Beklagten, Appellanten, Ehescheidung betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 21. September 1858.

I. Die Hauptbeschwerde des Beklagten, mittelst welcher derselbe die Abweisung der Klage, eventualiter nach vorgängigem ihm aufzuerlegenden Reinigungseide, verlangt, war zu verwerfen. In Betreff des hier allein in Betracht kommenden Zeitraums seit dem 30. October 1855 hat nämlich

1) die ihrer Aussage zufolge nur in untergeordneter Weise verdächtige Zeugin G. bekundet, etwa im September 1856, kurz nachdem zwischen beiden Gatten ein Zwist stattgehabt, bei welchem der Beklagte behauptet habe, es sei ihm von der Klägerin Milch ins Gesicht geschüttet, — ein Umstand, welcher in den Acten nicht in's Klare gesetzt worden ist — sei der Beklagte in ihr Zimmer gekommen und habe seine Frau in ihrer Gegenwart geschlagen, wovon dieselbe nach einigen Tagen, wie sie ihr, der Zeugin, gezeigt, noch blaue Flecken auf dem Rücken gehabt habe. Auch sonst, zwei- bis dreimal, sei die Frau von dem Ehemanne geschlagen, und bei jenem erstgenannten Vorfall derselben gedroht, er werde sie noch zeichnen.

Sodann ist

2) von dem völlig unverdächtigen Zeugen A., dessen Aussagen für die Zeit von Anfang November 1855 bis Mai 1856 in Betracht kommen, angegeben, bei den öfteren Streitigkeiten zwischen beiden Eheleuten habe der Beklagte gepflegt, seine Frau zur Thüre hinauszuwerfen und sie zu schlagen. Insonderheit habe er ihr einmal im Winter 1855 auf 1856, als die Klägerin aus der Küche in

den Laden habe gehen wollen, die Thüre zu-, und mit solcher der Klägerin in's Gesicht geschlagen, eine Aussage, mit welcher die des Zeugen H. überall nicht im Widerspruche steht.

Nicht minder hat

3) Die Zeugin P., welche dadurch, daß sie ihren früheren Aussagen noch etwas hinzuzufügen hat, nicht verdächtig wird, sich dahin ausgelassen, Beklagter habe im Winter 1855 auf 1856 seine Frau so arg geschimpft, daß dieselbe die Krämpfe bekommen, worauf Beklagter derselben ein Taschentuch in den Mund gesteckt, daß dieselbe bald erstickt sei. Zeugin sei herausgelaufen, um die W. aus der Küche zu holen; als sie wieder hereingekommen, habe Beklagter das Taschentuch bereits wieder hinweg gethan. Diese Aussage erhält durch die Angabe der W. in sofern eine Bestätigung, als die Letztere jene Krämpfe ebenfalls bekundet und angibt, die P. sei zu ihr herausgekommen und habe ihr mitgetheilt, der Beklagte habe seiner Frau das Taschentuch in den Mund gesteckt, mit der Bitte, schnell hereinzukommen.

In allen diesen Aussagen hat das Appellationsgericht mit Recht die Behauptung harter thätlicher Mißhandlungen gefunden, und wenngleich die einzelnen Thatsachen nicht vollständig bewiesen worden sind, so konnte es gleichwohl keinem Zweifel unterliegen, daß diese mehrfachen einzelnen Aussagen in ihrer Gesammtheit sich gegenseitig wesentlich unterstützen.

Berücksichtigt man nun ferner

4) daß bei den fast von allen Zeugen bekundeten Streitigkeiten unter den Eheleuten der Ehemann die gröbsten und ehrenrührigsten Schimpfreden auf seine Ehefrau wiederholt gehäuft hat, und dasjenige, was hierüber in den Acten bekundet worden ist, die der Ehefrau beigemessenen Schimpfreden an Zahl und Maaß bedeutend übertrifft, der Gegenbeweis aber theils überhaupt, theils für den in Frage stehenden Zeitraum ohne erheblichen Inhalt geblieben ist, so konnte es nur gerechtfertigt erscheinen, die Scheidung der Ehe, sobald Klägerin den ihr im Stadtgerichte auferlegten Erfüllungseid ausgeschworen haben wird, in Gemäßheit des Gesetzes vom 19. November 1850 § 15 Nr. 8 auszusprechen.

II. Mittelst seiner eventuellen Beschwerde verlangt der Beklagte:

1) die Beseitigung der Vermögensnachtheile, in welche er als schuldiger Theil verurtheilt worden sei. — Allein mit Unrecht, da kein innerer Grund vorhanden ist, deren Zuerkennung auf die Fälle zu beschränken, von welchem die Reformation 5, 6 § 2, 3 redet.

Dagegen mußte

2) dem ferneren Verlangen des Beklagten, die Eingehung einer anderweiten Ehe ihm nicht zu untersagen, entsprochen werden. Ein derartiges Verbot hat nämlich gegenwärtig die Natur einer Strafe, deren Zuerkennung vom richterlichen Ermessen abhängt. In dem vorliegenden Falle aber konnte es nicht gerechtfertigt erscheinen, eine solche auszusprechen. Denn wenngleich der Ehemann den Ausführungen unter I. zufolge als der schuldige Theil zu betrachten ist, so ließ sich gleichwohl die Ehefrau nicht von allem Verschulden bei Führung ihrer Ehe freisprechen. Er hat nämlich

a) die Zeugin G. angegeben, daß der in ihrer Gegenwart wiederholt stattgehabte Streit unter den Ehegatten immer von Beiden ausgegangen sei und Beide sich immer gegenseitig geschimpft hätten. Ebenso wird

b) von den Zeugen H. und Ehefrau bekundet, daß sich die Klägerin und der Beklagte oft gegenseitig geschimpft und von der Zeugin H. insonderheit angegeben, die Klägerin habe gepflegt, ihren Mann „Geisbock" zu nennen. Endlich haben

c) die Zeugen G. und Ehefrau, welche für den Schluß des Jahres 1855 in Betracht kommen, angegeben, daß Klägerin ihren Mann, nicht umgekehrt, geschimpft, daß Jene immer ein „böses Maul" gegen ihren Mann gehabt, ihm „ausgezehrter Geisbock ꝛc." zugerufen habe.

War demnach das vorige Urtheil in soweit aufzuheben, so mußten demgemäß

III. die Kosten voriger und jetziger Instanz zur Hälfte verglichen werden, wogegen es in Betreff der Kosten erster Instanz bei dem Stadtgerichts-Erkenntnisse sein Bewenden hat.

161.

Friedrich Däms, Kläger, Appellant gegen die Geschwister **Jassoy** und Frau **Antonie Helgers**, geb. Däms, als Vormünderin ihrer Kinder, Beklagte, Appellaten, die Rechtsbeständigkeit des Testaments des **Johann Georg Christian Däms** betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. September 1858.

I. Der Kläger hat das Testament *) seines väterlichen Oheims 1) um deßwillen als nichtig angefochten, weil er die in solchem enthaltene Erbeinsetzung den Vorschriften von Reform 4, 3 § 1 und

---

*) § 1—3 des gedachten Testaments lauten:

§ 1. Als Erben ernenne ich:

1) zu einem halben Theil die ehelichen Kinder meiner Nichte Auguste Jassoy,

2) zu dem andern halben Theil die ehelichen Kinder meiner Nichte Antonie Helgers.

Einem jeden meiner ernannten Erben sollen seine ehelichen directen Nachkommen nach gleichen Stammtheilen in der Erbschaft folgen. Wenn keine der Vorgenannten diese meine Erbschaft antreten wollte oder könnte, so soll der Fiscus der Stadt Frankfurt mein Erbe sein, jedoch alle hierin vorgeschriebenen Verpflichtungen und Verwendungen genau befolgen.

§ 2. Den Eltern meiner minderjährigen Erben — den Herrn Johann Achilles Jassoy ausgenommen — verbiete ich jede Mitwirkung bei den Verhandlungen über meinen Nachlaß; es haben vielmehr die unten bezeichneten Verwalter der von mir zu errichtenden ewigen Erbstamm-Stiftung meine Verlassenschaft Namens meiner minderjährigen Erben anzutreten, den Herrn Dr. — — als Theilungsbeistand vorzuschlagen, den Erbtheil meiner minderjährigen Erben in Empfang zu nehmen, denselben gleich Mündelgut zu verwalten, Zinsen zum Capital zu schlagen und das also vermehrte Vermögen denselben erst nach erlangter Großjährigkeit auszu-

4, 9 § 4 nicht für entsprechend erachtet. Wenn nun in der ersten Stelle, vermöge der Rechte, ein Testament für nichtig erklärt wird, welchem die Benennung und Einsetzung eines Erben fehlt, und wenn in letzterer, als Grund der Nichtigkeit eines Testamentes, der Umstand bezeichnet wird, daß darin gar kein Erbe, weder ausdrücklich noch sonst merklich und verständlich instituirt und benannt sei, so hat durch diese Vorschriften offenbar nur Dasjenige wiederholt werden sollen, was in dem römischen Rechte über die Einsetzung und Bezeich-

---

liefern. Nur wenn eine meiner beiden Nichten, deren Nachkommen von mir zu Erben ernannt sind, in Vermögens-Verfall geräth, soll von den Zinsen dieses also verwalteten Erbtheils denselben soviel als nach dem Ermessen der Verwaltung nöthig scheint, zur Erziehung ihrer Kinder ausgeliefert werden.

§ 3. Damit den directen Nachkommen, Kindern und Kindeskindern der obengedachten zu meinen Erben eingesetzten Enkel und Enkelinnen meines seeligen einzigen Bruders Carl August Friedrich Däms bis in die spätesten Zeiten, soweit es der menschlichen Voraussicht möglich ist, ein dauernder Wohlstand erhalten werde, und ihnen bei allen Wechselfällen des Glücks ein gegen Mangel und Nothstand schützendes jährliches Einkommen gesichert bleibe, errichte ich hiermit unter dem Namen:

„Georg Däms'sche Erbstamm-Stiftung"

für die sämmtlichen directen ehelichen Nachkommen meiner vorbenannten Bruders-Enkel und Enkelinnen bis zu deren ganzen Erlöschung ein ewiges Familien-Fideicommiß und sollen meine in dieser Hinsicht wie folgt getroffenen Anordnungen zu allen Zeiten fest und unverbrüchlich gehalten werden.

Als Grundstock dieser Stiftung bestimme ich:

1) Meine an der Zeil belegenen Behausungen D. 29 und 30.

2) Ein Capital von Einhundert und fünfzig Tausend Gulden, oder so viel weniger, als nach Bezahlung der Legate und etwaiger Schulden von meinem Nachlasse, mit Ausnahme aller Mobilien, Kunstsachen, Zeichnungen, Kupferstiche, Gemälde u. s. w., deren Veräußerung hiermit ausdrücklich verboten wird, noch übrig bleibt.

Eine Veräußerung obiger Häuser darf nur in späteren Zeiten bei besonders vortheilhaften Fällen und nach eingeholter Vergünstigung des Stadtgerichts durch Ankauf anderer besserer Liegenschaften in der Stadt geschehen.

Ein Angriff auf den Grundstock dieser Stiftung darf unter keiner Bedingung stattfinden. —

Die Verwaltung dieser Stiftung soll von zwei Personen, einem Rechtsgelehrten und einem Kaufmanne, geführt werden, welche in Erledigungsfällen von dem Stadtgerichte auf den Vorschlag und wo möglich aus der Zahl der dazu befähigten Stammerben zu ernennen sind.

nung von Erben verordnet ist. Das römische Recht hat nun in Betreff von letztwillig zu bedenkenden Personen die Vorschrift, daß eine unzweifelhafte Bezeichnung derselben genügend sei, um das ihnen Zugedachte als rechtsbeständig erscheinen zu lassen. Daher wird in

---

Für das erste Mal ernenne ich — — — — — — — — — — — —

Die Verwaltung legt den bei dieser Stiftung Betheiligten jährlich Rechnung ab. — Die Verwendung des Nutzertrags hat wie folgt zu geschehen:

1) Ein Hunderttheil soll jährlich zum Hauptstocke geschlagen werden. Nur insofern einer der directen Nachkommen meiner Erben einer besonderen Unterstützung bedürfte, darf dieser Theil dazu verwendet werden.

2) — — — Gulden jährlich der Verwaltung.

3) a) — — — Gulden jährlich. — Ludwig Wilhelm Jassoy;

b) — — — Gulden jährlich. — Georg Helgers, mein Taufpathe;

c) — — — Gulden jährlich. — Georg Herzog, mein Taufpathe.

Wenn einer dieser Vorgenannten bei meinem Tode noch minderjährig ist, so soll diese Rente bis zu seiner Großjährigkeit ihm nicht baar ausbezahlt, sondern vielmehr gutgeschrieben, bezüglich der verfallenen Beträge mit Drei vom Hundert verzinset und diese ganze Summe ihm bei seiner Großjährigkeit, falls er verwaltungsfähig, ausbezahlt werden, und so er diese nicht erlebt, an die Stiftung zurückfallen. Diese Rente erlöscht bei den zwei ersten mit ihrem Tode, in Bezug auf meinen Taufpathen Georg Herzog aber nur mit dem kinderlosen Ableben desselben. Stirbt derselbe aber mit Hinterlassung ehelicher Nachkommen, so vererbt sich diese Rente auf den jedesmaligen ältesten Sohn in der directen männlichen Linie. Erlischt diese, so tritt die nächste männliche oder weibliche immer nur in absteigender Linie bis zu deren gänzlicher Erlöschung ein. —

4) Der hiernach verbleibende noch übrige jährliche Nutzertrag meiner Stiftung soll zu einer Hälfte an die Kinder und deren Nachkommen von meiner Nichte Auguste Jassoy und zur anderen Hälfte an jene von Antonie Helgers fallen. Der auf jede Hälfte kommende Theil ist immer wieder in absteigender Linie später stammweise zu vertheilen. Ist ein Hauptstamm ausgestorben, so erhält der andere das Ganze, stirbt auch dieser aus, so erben den ganzen Hauptstock nachfolgende vier milde Stiftungen, als:

a) das Waisenhaus Sechs Vierzehntheile;
b) der allgemeine Almosenkasten Vier Vierzehntheile;
c) die Kleinkinderschule Drei Vierzehntheile;
d) das Christ'sche Kinderhospital Ein Vierzehntheil. —

Jede derselben hat den auf sie fallenden Theil als ein besonderes, unter meinem Namen fortbestehendes, Capital zu verwalten und die Zinsen zu ihren Zwecken zu verwenden. Caution, Sicherheitsleistung hierfür, oder wie solches Namen haben möge, darf auf keine Weise von der Verwaltung noch sonst Jemanden verlangt werden.

l. 9. § 8. D. 28, 5 eine Erbeinsetzung für rechtsbeständig erklärt, wenn Jemand den Namen des Erben nicht ausspricht, sondern ihn nur mittelst eines unzweifelhaften Merkmals bezeichnet. Ebenso wird es in l. 34 pr. D. 35, 1 für gleichgültig erklärt, ob man bei der Hinterlassung eines Vermächtnisses den Namen des Bedachten anführt, oder ihn nach seiner Person, der Art seiner Beschäftigung, seines Amtes, seiner Blutsverwandtschaft oder Verschwägerung kenntlich macht, indem eine solche Kundgebung die Stelle des Namens vertreten soll. Diesen Vorschriften entspricht aber die im § 1 des Testaments enthaltene Erbeinsetzung vollständig, da es absolut klar ist, welche Personen zur Zeit der Errichtung des Testaments die Kinder von Auguste Jassoy und Antonie Helgers, den Geschwistern Däms, gewesen sind. Ebensowenig aber läßt sich

2) die Möglichkeit, daß nach errichtetem Testament von den gedachten Schwestern noch weitere Kinder geboren werden könnten, dazu benutzen, die Erbeinsetzung als ungewiß und um deßwillen als unwirksam darzustellen. Nicht die Personen, sondern nur die ihnen zufallenden Quoten würden dadurch ungewiß geworden sein, wenn nach errichtetem Testament von Auguste Jassoy und Antonie Helgers bei Lebzeiten des Testirers noch Kinder geboren sein sollten, was jedoch nicht der Fall gewesen ist.

II. Einen zweiten Anfechtungsgrund findet der Kläger darin, daß der Rechtsbestand der Erbeseinsetzung an die Fortdauer des Fideicommisses als wesentliche Voraussetzung geknüpft, jener Fortbestand durch Gesetz vom 28. März 1848 gehindert, die Voraussetzung und mithin auch die Erbeseinsetzung hinweggefallen sei. — Allein

1) läßt sich nicht mit Bestimmtheit annehmen, die Voraussetzung des Testirers sei gänzlich hinweggefallen. Sein Zweck war gerichtet auf Erhaltung des Wohlstandes gewisser, auf Beseitigung von Mangel bei allen Familiengliedern, und zwar zu allen Zeiten. Dieser letzte Zusatz kann bei menschlichen Anordnungen selbstverständlich nur die Bedeutung haben, so lange als möglich; und diese Möglichkeit kann durch physische, wie durch juristische Hindernisse, zu denen das Gesetz vom 28. März 1848 zu zählen ist, beschränkt werden. Mit dem Erscheinen eines solchen Gesetzes ist also keineswegs die Absicht eines

Testirers beseitigt, sondern nur beschränkt. Aendert dieser nach Erlaß des Gesetzes also seinen Willen nicht, so läßt sich keineswegs sagen, dieser sei dadurch ungültig geworden. Denn entweder kannte der Testirer das neue Gesetz nicht, und würde, wenn er es gekannt hätte, seine Bestimmungen entweder geändert oder beim Alten gelassen haben; oder er kannte das Gesetz, unterwarf sich dessen Folgen und zweifelte an dessen wirksamen Fortbestand. Bei diesen verschiedenen Möglichkeiten ist es unstatthaft, eine derselben herauszugreifen und ohne Unterstützung durch sonstige thatsächliche Momente als die allein richtige zu bezeichnen, und zwar um so mehr, als es an sich unwahrscheinlich ist, daß ein acht Jahre vor dem Tode des Erblassers promulgirtes und binnen Jahresfrist nach Errichtung seines Testamentes von der gesetzgebenden Versammlung bereits beschlossenes Gesetz dem Testirer unbekannt geblieben sein sollte. Wollte man indessen auch annehmen, es sei eine Voraussetzung des Testirers bei Errichtung seines letzten Willens nicht in Erfüllung gegangen, so würde

2) daraus doch noch keineswegs folgen, daß die Erbeseinsetzung um deßwillen nichtig sei. Zuvörderst nämlich ergibt sich

a) aus der Fassung des Testamentes, daß die Erbeinsetzung eine unbedingte ist. Der ewige Rechtsbestand der beabsichtigten Erb-Stammstiftung ward nicht als die Bedingung hingestellt, unter welcher der Testirer die vorliegende Einsetzung angeordnet hat. Wäre dieß der Fall und die Bedingung hinweg gefallen, so würde damit auch die Erbeinsetzung vernichtet sein.

vgl. § 31 z. E. J. 2, 20.

Ebenso wenig läßt sich

b) aus dem Testament und seinen Nachträgen mit ausdrücklichen Worten ersehen, daß die Errichtung der Erbstammstiftung und zwar auf ewige Zeiten das Motiv gewesen sei, welches den Testirer gerade zu dieser Erbeinsetzung veranlaßt habe. Wäre dieß der Fall, so würde nur noch der Beweis erforderlich sein, das gedachte Motiv sei für den Testirer das einzige gewesen. Allein von dem Allen findet sich nichts, weder in dem Testamente, noch in dessen Zusätzen. Es kann daher

c) nur darauf ankommen, ob die Behauptung, die Errichtung

einer immerwährenden Erbstammstiftung sei das einzige Motiv der vorliegenden Erbeinsetzung gewesen, sich aus sonstigen Umständen, insonderheit, wie hier versucht worden ist, aus dem Testament und seinen Nachträgen mit Sicherheit ergibt. Bei dieser Untersuchung durfte aber nicht unerwogen bleiben, daß selbst in den Fällen, wo die Quellen des römischen Rechts eine falsche causa zur Beseitigung einer Disposition für ausreichend erachten, der Einfluß des Motivs ganz evident ist, und daß selbst in diesen Fällen nur aus Gründen der aequitas der an sich rechtsbeständige Wille beseitigt wird — es also bei Prüfung des Einflusses eines irrigen Motivs großer Vorsicht bedarf.

Das Testament selbst liefert nun bei einer unbefangenen Betrachtung in Verbindung mit seinen Nachträgen folgenden Gedankengang des Testirers. Juristische Verpflichtungen hatte derselbe zur Zeit der Errichtung seines Testamentes gegen keinen unter seinen gesetzlichen Erben. Wollte er sie also nicht als solche zu seiner dereinstigen Erbschaft berufen wissen, so hatte er die Befugniß, statt ihrer diejenigen Personen einzusetzen, welche ihm die liebsten waren, oder unter Einsetzung einer vorhandenen resp. zu schaffenden juristischen Person seinem Andenken eine bleibende Erinnerung zu schaffen. Er suchte beide Wege mit einander zu verbinden. Aus seinem letzten Codicill in Verbindung mit §§ 1 und 2 des Testaments ergibt sich, daß der Testirer sich nicht von der Anschauung, nach welcher das Vermögen einer Person bei deren Tode vorzugsweise der Familie angehört, entfernen wollte. Fremde sind überall nicht in erster Linie zu seinem Nachlaß als Erben berufen. Bei der Auswahl unter seinen Verwandten scheint er von dem Gesichtspunkte ausgegangen zu sein, diejenigen vorzugsweise zu bedenken, deren Zukunft einer Sicherstellung bedurfte, und deren ihm gewiß bekannte Vermögensverhältnisse hiezu den Anlaß gaben. Seine Nichten waren insgesammt versorgt, sein Neffe bis dahin ohne Nachkommenschaft, mit dem Apotheker Jassoy scheint er in näheren Verhältnissen gestanden zu haben. Nichts war also natürlicher, als daß er dessen Stamm und den seiner Pathin Antonie Helgers vornemlich in's Auge faßte und die Nachkommenschaft gedachter Personen zu seinen Erben einsetzte, wie solches in § 1 des Testamentes mit klaren Worten

geschehen ist. Der zweite Gedanke, welcher ihn leiten mochte, war der, auch sein Andenken auf die Nachwelt zu bringen: er erreichte dieses, wenn er seinen Nachlaß mit einem Fideicommiß belegte, Verwalter desselben verordnete und die Revenüen den eingesetzten Erben zufließen ließ. Der Ausführung dieses Gedankens ist der § 3 des Testaments gewidmet. Er kannte seinen Nachlaß sicherlich ganz genau: dieser bestand aus einigen Immobilien, Mobilien und Forderungen. Er vertheilte den Nachlaß in der Weise, daß er von letzteren einen Theil zu Singularvermächtnissen bestimmte, § 4 und Codicill vom 10. December 1854 nebst § 6 und Codicill vom 19. November 1854; die Mobilien, mit Ausschluß der der Stadt Frankfurt hinterlassenen Gemälde-Sammlung, § 5 nebst Codicill vom 15. October 1852 und 1. Mai 1854 seines Bruders Kindern im Codicill vom 15. October 1852 zur Realtheilung überließ; aus den Immobilien dagegen und dem Rest der Forderungen den Fond für seine Stiftung bildete. Es ist wahrscheinlich, daß er diesen Gedanken bereits bei Errichtung des Testaments gehabt hat, indem man annehmen darf, daß er in den Worten des § 3 Nr. 2 „150,000 fl. oder soviel weniger" als genauer Kenner seines Vermögens den Maximalbetrag seiner Forderungen bezeichnen wollte, jedenfalls aber ist, nachdem im Codicill vom 15. October 1852 der Rest der Mobilien, welcher nach dem Testament den eingesetzten Erben zugefallen sein würde, den Bruders-Kindern zugewiesen, und nach Codicill vom 10. Januar 1854 auch der Ueberschuß von 150,000 fl. zu der Erbstammstiftung geschlagen war,*) entschieden, daß das gesammte, nach Abführung der Singularvermächtnisse übrig bleibende Vermögen, Gegenstand der Verwaltung ebengedachter Stiftung hat sein sollen. Ergibt sich nun aus dem Bisherigen, daß der Testirer beide Gedanken zu realisiren wußte, so deutet doch kein Wort darauf hin, daß er die Absicht gehabt habe, in dem Fall, daß der eine derselben nicht vollständig in's Leben treten könnte, der andere von ihm aufgegeben werde. Auch ergibt sich hierfür nichts aus den ferneren Codicillen

*) Mit den Worten: Bei der Erbstammstiftung des Capitals von Einhundert fünfzig Tausend Gulden füge ich bei — oder so viel weniger oder mehr — als nach Bezahlung u. s. w.

Digitized by Google

vom 15. October 1852, 10. Januar 1854 und 18. Juli 1854. Dem mit Testamentsgedanken in seinem hohen Alter vorzugsweise beschäftigten Erblasser wird natürlich auch die Erwägung nicht entgangen sein, daß durch seine Verfügung zwar den zu Erben eingesetzten Stämmen die Wohlhabenheit erhalten bleibe, sehr wohl aber der Fall eintreten könne, daß Nachkommen des Dr. Herzog, von denen er nur für seinen Pathen Georg durch das im Codicill vom 15. October 1852 auf 1000 fl. erhöhte jährliche Vermächtniß gesorgt hatte und etwaige Nachkommen des jetzigen Klägers in dürftige Umstände verfielen. Der Beseitigung dieser Möglichkeit sind die obgedachten Verfügungen, in denen die fortschreitende Absicht des Testirers, auch den ebengedachten Personen möglichst gerecht zu werden, hervortritt, gewidmet. Allein nichts weist in denselben darauf hin, daß es der Wille des Testirers gewesen sei, von der Erbeinsetzung abzusehen, falls nicht seine Familienstiftung in vollem Umfange in's Leben trete.

Uebrigens würde selbst dann, wenn die Ansicht, die Modification der Familienstiftung durch das Gesetz von 1848 sei ein Grund, die in § 1 ersichtliche Erbeinsetzung zu beseitigen, irgend zu billigen wäre, der Kläger seinen Zweck nicht erreichen, da alsdann die Erbschaft nicht den gesetzlichen Erben, sondern dem Fiscus der Stadt Frankfurt anheimfiel, indem absolut gar nichts darauf hinweist, daß dessen Substitution mit der Erbstammstiftung in irgend einer Beziehung stehe. Dieser Fiscus hätte, da die Wirksamkeit der in § 10 enthaltenen Codicillarclausel keinem rechtsbegründeten Zweifel unterliegt, die Erbschaft den eingesetzten Erben als Universal-Fideicommissaren heraus zu geben, und damit wäre, zumal in Beihalt obgedachten Gesetzes, ein den Absichten des Klägers noch weniger günstiges Ergebniß erzielt.

III. Die Erbeinsetzung soll endlich auch um deßwillen rechtsbeständig sein, weil

1) die Däms'sche Erbstammstiftung und nicht die Kinder von Auguste Jasson und Antonie Helgers zu Erben eingesetzt seien; jene Einsetzung einer noch nicht in's Leben gerufenen Stiftung aber den Rechten nach unzulässig sei. — Diese letzte Frage bedarf indessen hier keiner Erörterung: denn es liegt klar zu Tage, daß die gedachte

Stiftung nicht zur Erbin eingesetzt ist, sondern nur als Vermächtnißnehmerin auftritt, mit der Verpflichtung, von den Einkünften diejenige Zahlung an die Erben zu machen, welche der Testirer näher regulirt hat. Es soll aber auch

2) die Erbeinsetzung um deßwillen zu Recht nicht bestehen können, weil sie simulirt sei, und der Kläger verlangt, daß er jedenfalls zum Beweise dieser Behauptung zugelassen werde. Allein abgesehen von der Frage, inwieweit Simulation als Anfechtungsgrund letztwilliger Verfügungen rechtlich in Betracht komme, so ist doch

a) der nach obiger Ausführung auf Grund der Absicht des Testirers eintretende Umstand, daß die Erben von der Substanz der Erbschaft direct nichts erhalten sollen, nichts weniger als geeignet, die Einsetzung selbst als simulirt darzustellen. In vielfachen Anwendungen hat das römische Recht den Grundsatz anerkannt, daß eine Erbeinsetzung, von welcher dem heres nichts als dieser Name bleibe, um deßwillen nicht ungültig werde. Bei der entgegengesetzten Annahme wäre es unmöglich, einen Erben mit einem Universal-Fideicommiß zu belasten und den Abzug der trebellianischen Quart zu verbieten, was doch gemeinrechtlich zulässig ist. Ebenso wenig aber darf

b) das Vorhandensein einer Simulation zum Beweis verstellt werden. Zwar hat das Ober-Appellationsgericht wiederholt sich zu dem Satz bekannt, die bloße Behauptung einer Simulation rechtfertige eine solche Beweisnachlassung, und es bedürfe keiner besonderen Substantirung. Allein nicht minder ist auch der Satz ausgesprochen, von jener Beweisnachlassung könne dann nicht die Rede sein, wenn erhelle, daß die Parthei, welche das Vorhandensein einer Simulation behauptet, durch unrichtige Schlußfolgerungen zu dieser Behauptung gelangt ist. Dieses ist nach demjenigen, was soeben unter a bemerkt worden, der Fall und eine Beweisnachlassung würde mithin ungerechtfertigt erscheinen.

Wie die erste, so stellt sich auch die zweite Beschwerde als verwerflich dar. Der Hauptantrag und die beiden ersten Eventualitäten, die Verurtheilung, die Aussetzung und Vergleichung der Kosten, sind nach dem entwickelten Resultat in der Hauptsache beseitigt. Die Kosten der zwiefachen Vertheidigung aber kann Kläger nicht von sich abwenden, da die Beklagten als Streitgenossen zwar ein Recht haben,

in gemeinsamen Schriftsätzen zu verhandeln, allein nicht die Pflicht, sobald sie Gründe vorbringen, welche eine abgesonderte Vertheidigung wünschenswerth erscheinen lassen.

Die dritte Beschwerde war ebenfalls zu verwerfen, da es bei der völligen Grundlosigkeit des von dem Kläger erhobenen Anspruchs den Beklagten unbenommen sein muß, des Weiteren auszuführen, welchen Schaden sie durch die von dem Kläger versuchte Anfechtung des Testamentes erlitten haben.

Von gedachter Grundlosigkeit ist Kläger und sein Anwalt jedenfalls durch die im Wesentlichen zutreffenden Gründe der vorigen Erkenntnisse unterrichtet worden, und war demnach die aus dem Urtheil ersichtliche Frivolitätsstrafe wider jeden derselben zu erkennen.

162.

Hermann Epstein in Bockenheim, Intervenient gegen **Johann Mertens** dahier, Interventen, unbefugten Arrest betreffend (causa I.) zur Sache **Johann Mertens**, Impetrant gegen **Israel** (genannt Julius) **Epstein** zu New-York, Impetraten.

Vorbemerkung.

Israel (genannt Julius) Epstein zu New-York war durch Testament seines am 14. Januar 1855 zu Frankfurt a. M. verstorbenen Bruders, J. Epstein, als Miterbe berufen worden, und hatte seinen Erbantheil seinem Bruder Hermann Epstein durch einen am 5. Februar 1855 zu New-York notariell errichteten Cessionsact, bei welchem ein Dritter als negotiorum gestor für den Cessionar thätig war, käuflich übertragen; die erheblichen Stellen dieser Urkunde lauten:

> „den ihm rechtlich anerfallenen und gebührenden Erbantheil an fraglicher Verlassenschaft des Jacob Epstein überträgt und verkauft andurch der Herr Comparent Julius Epstein dem Herrn Hermann Epstein activ und passiv mit allen Rechten und Verbindlichkeiten in förmliches und unwiderrufliches Eigenthum und weist ihn hiermit in den Besitz des ganzen also cedirten Verlassenschaftsantheils ein, möge dasselbe in beweglichem oder unbeweglichem Vermögen, Ausständen, Waaren oder Geld bestehen, um denselben kraft des ihm übertragenen Rechts zu liquidiren und nach eigenem Ermessen darüber zu verfügen.
>
> Ebenso ist der Cessionar auch verpflichtet, alle Verpflichtungen, die auf fraglicher Verlassenschaft ruhen, für die ihm übertragene Betheiligung des Cedenten allein zu übernehmen.

Der erwähnte Erbschaftsverkauf und Uebertrag hat für und um eine Aversionalsumme von 28,000 fl. stattgehabt, für welche zwischen den Partheien eine Berechnung und Ausgleichung vertragsmäßig erfolgt ist.

Soweit es dem Herrn Hermann Epstein rathsam erscheint, als Bevollmächtigter des Cedenten in fraglicher Nachlaßsache aufzutreten, hat derselbe hierzu volle Befugniß, und Comparent gibt ihm hierdurch General- und Special-Vollmacht, in seinem Namen rc.

Es war zugleich erschienen Herr Leopold Wickert, bürgerlich ansässig in New-York, welcher erklärte, daß er sich als Bevollmächtigter des Cessionars darstelle und obige Erklärung und Erbschafts-Cession utiliter acceptire." —

Nachdem der Cessionsact den Testaments-Executoren des Jacob Epstein, in deren Händen sich laut Verfügung des Erblassers der noch unvertheilte Nachlaß befand, am 9. März 1855 auf Veranlassung des Cessionars gerichtlich notificirt worden war, erwirkte Impetrant, Johannes Mertens, (gleichzeitig mit verschiedenen anderen Personen) auf Grund des den hiesigen Bürgern dieserhalb zustehenden Privilegs, wegen verschiedener, ihm gegen den Israel (Julius) Epstein (durch Cession) zustehenden Forderungen, Real-Arrest auf dessen in den Händen der Testaments-Executoren befindlichen Erbtheil. — Letztere erklärten,

daß dieser Erbtheil laut ihnen notificirten Cessions-Actes bereits dem Hermann Epstein abgetreten sei, und

der Cessionar Hermann Epstein verlangte intervenirend die Aufhebung dieses Arrests, da das Arrest-Object nicht mehr dem angeblichen Schuldner dem Cedenten, sondern ihm, dem Cessionare, gehöre. —

In diesem Interventionsprocesse ergingen folgende Urtheile:

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 24. August 1855.

In Erwägung

1) — — — — — — — — — — — — — — — —

2) daß Intervenient sein Recht zur Intervention aus dem Kauf- und Cessionsact d. d. New-York den 5. Februar 1855 ableitet;

3) daß aus den Worten dieses Actes nicht nothwendig folgt, der Erbschaftsverkäufer und Cedent habe einen ihm zustehenden Intestaterbtheil aus dem Nachlasse des Jacob (Löb Henoch) Epstein statt des ihm durch Testament verschafften Erbtheils zu verkaufen beabsichtigt;

4) daß Dritten gegenüber die Abtretung des Erbrechts in Ansehung der Activforderungen ganz dieselbe Wirkung hat, wie die Abtretung einer einzelnen Forderung,

Thibaut, Syst. d. P. R. 7. Ausgabe § 736.

daher von dem Erforderniſſe einer Tradition die Rede nicht sein kann;

5) daß das Kauf- und Cessionsgeschäft am 5. Februar 1855 zur Wirksamkeit gekommen sei, mithin die klägerischen Arreste vom 26. und 28. März 1855 ausschließen würde, wenn der in dem Kaufacte erwähnte Leopold Wickert zu der dort von Hermann Epstein erklärten Acceptation von letzterem damals bevollmächtigt gewesen;

6) daß die am 26. und 28. März 1855 auf den Erbtheil des Israel (Julius) Epstein aus dem Jacob (Löb Henoch) Epstein'schen Nachlasse für Joh. Mertens angelegten Arreste gleichfalls unwirksam sein würden, wenn Hermann Epstein die Acceptation des Leopold Wickert vor der geschehenen Anlegung dieser Arreste ratihabirt haben sollte;

7) daß der Einwand des Interventen, der Kauf und die Cession seien lediglich simulirt, zum Beweis zu verstellen ist, wobei die gegen die Wahrheit des Kaufs und der Cession vorgebrachten einzelnen Behauptungen als Material für diese Beweisführung erscheinen;

8) daß die Intervention verwerflich sein würde, wenn zur Zeit des Erbschaftsverkaufes Israel (Julius) Epstein überschuldet und dieß dem Hermann Epstein bekannt gewesen wäre, da die Grundsätze der actio Pauliana auch außer dem förmlichen Concurse zur Anwendung und auch dem einzelnen Gläubiger zu Statten kommen, und da der Erbschaftsverkauf unter der erwähnten Voraussetzung eine in fraudem creditorum vorgenommene anfechtbare Vermögensveräußerung sein würde;

9) daß die Behauptung des Intervenienten, die Cession der Ansprüche an Joh. Mertens sei simulirt und die cedirten Ansprüche

selbst seien unbegründet, nicht in Betracht kommt, weil nicht die Wahrheit dieser seiner Behauptung, sondern allein sein eigener rechtsgültiger Anspruch an den Erbtheil des Julius Epstein ihn zur Intervention berechtigen würde;

10) daß dieser Satz auch der interventischen exceptio Pauliana gegenüber keine Ausnahme erleidet, da der Erfolg dieser Einrede nicht die Zuerkennung der klägerischen Forderung an Israel (Julius) Epstein sein, sondern nur unter vorerstiger Suspendirung der Wirkungen des Kaufgeschäftes die Möglichkeit vermitteln würde, daß zwischen dem Kläger Joh. Mertens und den Beklagten Israel (Julius) Epstein wegen der Ansprüche des Ersteren rechtliche Verhandlung und Entscheidung stattfinde, wird zu Recht erkannt:

1) — — — — — — — — — — — — — — —

2) es haben innerhalb noch anzuberaumender Frist, vorbehaltlich des Gegenbeweises, rechtsgenügend darzuthun:

Invenient entweder,

a) daß Leopold Wickert zu der laut 17 geschehenen Acceptation von dem Intervenienten beauftragt gewesen, oder

b) daß Intervenient diese Acceptation später und vor der am 26. resp. 28. März 1855 geschehenen Arrestanlegung ratihabirt habe;

Intervent entweder,

a) daß die fragliche Erbschaftsveräußerung nur zum Scheine geschehen, oder

b) daß zur Zeit der Erbschaftsveräußerung Israel (Julius) Epstein überschuldet und dieß dem Cessionar bekannt gewesen;

3) Demnächst wird in der Hauptsache, so wie der Kosten wegen, weiter erkannt werden, was Rechtens.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 11. August 1856.

(Rechtsfacultät Bonn.)

Auf beiderseitige Appellation.

Erkannt:

daß die Formalien beider Appellationen gewahrt, in

der Sache selbst aber, wie hiermit geschieht, die Appellation des Intervenienten zu verwerfen, dagegen auf die Appellation der Interventin das Stadtgerichtliche Urtheil vom 24. August 1855 wieder aufzuheben und Intervenient mit seiner Intervention abzuweisen, auch die entstandenen Kosten erster Instanz allein zu tragen, resp. der Invention zu erstatten, schuldig sei. — Die Kosten der intervenientischen Appellation hat Intervenient allein zu tragen, resp. der Interventin zu erstatten: wogegen die Kosten der interventischen Appellation gegen einander aufzurechnen, jedoch die Versendungskosten von Interventin allein zu bestreiten sind.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. September 1858.

Auf Appellation des Intervenienten.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das bei dem Appellationsgericht der freien Stadt Frankfurt eröffnete Erkenntniß vom 11. August 1856, wie hiermit geschieht, aufzuheben, und der von dem Stadtgericht auf den Erbtheil des Israel, genannt Julius Epstein am 30. März 1855 gelegte Arrest, zu relaxiren sei; es könnte und wollte dem Intervent, unter Vorbehalt des Gegenbeweises, darzuthun: entweder, daß die Cession vom 5. Februar 1855 nur zum Schein geschehen sei, oder, daß Israel (Julius) Epstein am 5. Februar 1855 überschuldet gewesen, die Erbschaftsveräußerungen in der Absicht, seine Gläubiger zu verkürzen, vorgenommen, und entweder, daß Intervenient um jene Absicht gewußt habe, oder daß ihm gedachte Erbschaft unentgeltlich überlassen sei;

worauf sodann in der Sache selbst und der Kosten erster Instanz halber weiter erginge, was Rechtens.

Die Kosten voriger Instanz, mit Ausnahme derer, welche durch die Actenversendung erwachsen und von dem Interventen zu tragen

sind, und ebenso die Kosten gegenwärtiger Instanz, sind zu vergleichen; und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurück verwiesen.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. September 1858.

Der Intervenient verlangt in der Hauptsache die Aufhebung des vorigen Urtheils, und ein Erkenntniß in Gemäßheit der von ihm in voriger Instanz aufgestellten Beschwerden.

Dem ersten Verlangen war zu entsprechen. Denn eine Bestätigung des zweiten Erkenntnisses konnte

1) nicht, wie Intervent noch in gegenwärtiger Instanz, der in den Gründen zum zweiten Urtheil enthaltenen Ausführungen ungeachtet, beantragt, um deßwillen erfolgen, weil bereits rechtskräftig wider den Intervenienten entschieden sei. Die Verfügung des Stadtgerichts II. vom 29. Juni 1855 No. III hat nicht die Bedeutung eines rechtskräftigen Urtheils, da die Fällung eines solchen in streitigen Rechtssachen der vorliegenden Art der Zuständigkeit dieser Behörde nicht entspricht. Ebensowenig war

2) eine Abweisung des Intervenienten um deßwillen gerechtfertigt, weil das Rechtsgeschäft vom 5. Februar 1855 von der irrigen Voraussetzung ausgehe, daß Israel Epstein als gesetzlicher Erbe zu der Verlassenschaft von Jacob (Löb Henoch) Epstein berufen sei. Bereits in den Gründen zum ersten Urtheil ist mit Recht hervorgehoben, aus der in Rede stehenden Urkunde lasse sich eine derartige Voraussetzung überall nicht entnehmen, und in den Gründen zum zweiten Erkenntniß wird in zutreffender Weise ausgeführt, es sei völlig zulässig, eine Erbschaft zu verkaufen, ohne nähere Bestimmung, ob dieselbe durch letzten Willen oder durch Gesetz angehalten sei. Auch läßt sich

3) den Gründen zum vorigen Urtheil in der Ausführung nicht beipflichten, die Cession vom 5. Februar 1855 sei dem Intervenienten gegenüber ohne rechtliche Bedeutung.

Müßte man dieses Rechtsgeschäft, dessen Absicht offenbar dahin geht, die Befugnisse des Israel Epstein hinsichtlich seines Erb-

theils an dem Nachlasse von Jacob Epstein in möglichst umfassender Weise an Hermann Epstein gelangen zu lassen, als Uebertragung des Rechts der Erbschaftsantretung oder als Uebertragung eines bereits erworbenen Erbrechts auffassen, so würde, da der richtigen Ansicht zufolge, schon im justinianischen Rechte das Eine wie das Andere rechtlich unzulässig ist, ein derartiger Zweck sich durch das Rechtsgeschäft nicht erreichen lassen. Wäre dagegen bei Abschluß desselben die Absicht der Contrahenten dahin gegangen, die durch die Erbschaftsantretung, welche im vorliegenden Fall theils ausdrücklich erfolgt, theils in der Cession vom 5. Februar stillschweigend enthalten ist, von dem Erben erworbenen einzelnen, in der Erbmasse enthaltenen dinglichen und persönlichen Rechte auf den Intervenienten zu übertragen, so würde zu dem Ende die für ein jedes einzelne dieser Rechte nothwendige Erwerbsform eingetreten sein müssen, wenn Hermann Epstein deren ausschließlicher Inhaber geworden sein sollte. Mithin ließe sich weder mit dem Interventen behaupten, es sei, daß hier eine Erbmasse in Frage stehe, und diese als unbewegliche Sache angesehen werden müsse, die, hier fehlende, Uebergabe die alleinige Erwerbsform, noch andererseits mit dem Intervenienten, es bedürfe bei Uebertragung einer Erbmasse, als einer unkörperlichen Sache, was dieselbe nicht ist, der Uebergabe überall nicht, oder sie sei durch Einhändigung des Uebertragungsdocumentes in symbolischer Weise erfolgt, was dem gemeinen Rechte widerspricht, oder sie habe mittelst eines constitutum possessorium stattgefunden, indem die Testamentsvollstrecker im Namen der Erben besäßen, was mit den in der Reformation 4. 11. § 1 flg. enthaltenen Rechtssätzen sich nicht vereinigen läßt. Vielmehr würde die Erbmasse in ihre einzelnen Bestandtheile zerlegt werden müssen, und für die in solcher befindlichen beweglichen und unbeweglichen Sachen die Uebergabe zum Erwerb erforderlich sein, bei den in der Masse befindlichen Schuldforderungen dagegen das Rechtsgeschäft vom 5. Februar für sich allein deren Uebertragung vollständig bewirken, ohne daß es dazu einer Benachrichtigung der abgetretenen Schuldner bedürfte, wie die Gründe zum vorigen Urtheil, jedoch in Widerspruch mit der von dem Ober-Appellationsgericht als gemeinrechtliche Auffassung befolgten Rechtsansicht.

Hamb. S. Meyer ca. Hülsenbeck, Mai 1853.

Greiß ca. Höffler, Nachlasse=Curator, October 1853.*)
Kayser Debit=Masse ca. Mutter, März 1854.**)

angenommen haben. Dabei wäre denn noch das Weitere zu untersuchen, ob diese Grundsätze auch bei den auf Inhaber lautenden Papieren zur Anwendung zu bringen seien, oder ob nicht vielmehr für deren Uebertragung es überdieß einer Uebergabe bedürfe. Allein jene Untersuchung in Betreff der einzelnen Activ=Bestandtheile der Masse war in dem vorliegenden Falle unnöthig. Es mußte nämlich in Gemäßheit der obenerwähnten Auffassung des in Rede stehenden Geschäftes angenommen werden, die Absicht der Partheien sei vornämlich dahin gerichtet gewesen, das, nach Realisirung des Nachlasses sich ergebende Provenu — dessen Ausantwortung an die einzelnen Erben den Testamentsvollstreckern obliegt, sei es auf dem Wege der Zuweisung einzelner Vermögens=Bestandtheile gegen Schätzung, sei es mittelst Baarzahlung aus dem Erlös der verkauften in der Erbschaft befindlichen Gegenstände — auf dem Wege des Kaufs, zu übertragen. Zwar ließ sich dagegen einwenden, in dem Documente sei der Testamentsvollstrecker mit keinem Worte gedacht, so wenig, daß selbst die Art des Anfalls völlig mit Stillschweigen übergangen worden ist. Es könne folglich die Uebertragung einer Forderung an diese nicht in der Absicht der Partheien gelegen haben. Allein dieser Einwand beseitigt sich dadurch, daß nach der in dem Document ersichtlichen Ausdrucksweise die Totalität der in dem Nachlaß enthaltenen Rechte und Verbindlichkeiten hat übertragen werden sollen. Eine Uebertragung des Erbrechtes ist nun dem Obigen zufolge rechtlich unmöglich, kann mithin von den Partheien als gewollt nicht angenommen werden. Ihr Wille war mithin dahin aufzufassen, es sollten jene Rechte realisirt, jene Verbindlichkeiten erfüllt, und Dasjenige dem Käufer übertragen werden, was nach Beendigung dieser Geschäfte übrig bleiben werde. Wer die Besorgung derselben übernehmen würde, war den Partheien gleichgültig, die Forderung an den betreffenden Geschäftsführer, sei es ein Testamentsvollstrecker oder ein von den Erben dazu Bevollmächtigter, sollte übertragen sein.

---

*) Siehe Bd. I. S. 25

**) Siehe Bd. I. S. 176.

Bei dieser Auffassung des Sinnes des Rechtsgeschäftes vom 5. Febr. handelt es sich also nur um die Cession einer betagten Forderung an die Testamentsvollstrecker, welche denselben mittelst Decrets des Stadtgerichts II. vom 7./9. März 1855, und mithin früher, als der in Rede stehende Arrestbeschlag erfolgte, kund gegeben worden ist, und der Rechtsbestand einer derartigen Cession läßt sich überall nicht, weder nach Frankfurtischem, noch nach dem Rechte von New-York, bezweifeln, so daß die Frage, welches Recht hier zur Anwendung komme, welche übrigens von den Verfassern des vorigen Urtheils von ihrem Standpunkt aus, richtig beurtheilt ist.

Meyer ca. Ziegler, 27. März 1829. *)

Fr. Kalkbrenner Wittwe ca. Rechneiamt, 7. Septr. 1837. **) auf sich zu beruhen hatte.

War demnach insoweit der Principalbeschwerde des Intervenienten in gegenwärtiger Instanz zu entsprechen und das vorige Urtheil aufzuheben, so bedurften auf Grund der eventuellen Beschwerde des Interventen in voriger Instanz und der übrigen Beschwerden des Intervenienten in voriger Instanz die Beweisauflagen des ersten Urtheils einer abermaligen Prüfung.

Anlangend nun:

A. den daselbst dem Intervenienten auferlegten Beweis einer Bevollmächtigung des Wickert zum Abschluß des Geschäftes vom 5. Februar 1855, so sind die Partheien darüber einverstanden, daß dieser Beweissatz hinwegfallen müsse, weil eine hierauf gerichtete Behauptung des Intervenienten in den Acten erster Instanz nicht enthalten, sondern vielmehr das Gegentheil daselbst ausgesprochen ist. Es mußte aber auch der Zweite auf eine Genehmigung der Geschäftsführung des Wickert gerichtete Beweis hinwegfallen, da die Ueberreichung des Cessionsactes bei dem Stadtgericht II. mit der Bitte ihn, dem Testamentsvollstrecker, zu insinuiren, welcher, wie oben erwähnt, unterm 7./9. März 1855 entsprochen ward, keine andere Deutung zulassen, als die, daß der Intervenient mit der stattgehabten Geschäftsführung von Seiten des Wickert sich einver-

---

*) Bd. III. S. 116.

**) Siehe S. 178.

standen erklärt habe, und gedachte Erklärung dem in Rede stehenden Arrestschlag vorausgegangen ist.

B. In Betreff des dem Interventen auferlegten Beweises einer Veräußerung zur Hintergehung der Gläubiger hat

1) Intervenient mittelst seiner zweiten Beschwerde dessen Aufhebung verlangt. Allein

a) seine Behauptung, die deßfallsige Einrede des Interventen sei thatsächlich nicht begründet, ist unrichtig. Sobald Jemand im Zustande der Ueberschuldung, in der Absicht, seine Gläubiger zu verkürzen, den Ertrag einer erworbenen Erbschaft verkauft und der Käufer von dem Betruge Kunde hat, so steht, und zwar selbst außerhalb des Concurses

F. Ruttmann'sche Vormünder ca. Ruttmann,
26. April 1855,*)

dem beeinträchtigten Gläubiger die Befugniß zu, die Aufhebung dieses Kaufgeschäftes zu verlangen. Auch war nicht anzunehmen, daß

b) diese Einrede dem eigenen Vorbringen des Interventen widerspreche. Zunächst sucht Intervent das Rechtsgeschäft, welches den Grund der Intervention bildet, gänzlich zu beseitigen, eventualiter versucht er dessen Rescission. Wenn daher

c) der Intervenient glaubt, die Einrede des Interventen sei deßhalb zu verwerfen, weil ihr Zweck die Rescission eines Rechtsgeschäftes, nicht aber die Aufrechthaltung des Arrestes sei, so übersieht er, daß letzterer zunächst dem Impetraten gegenüber zu rechtfertigen ist, daß Intervenient den Beweis zu führen hat, es sei ein ungeeignetes Vermögensobject mit Beschlag belegt, und daß Intervent die Befugniß hat, das Rechtsgeschäft, durch welches jenes Vermögensobject auf Intervenienten übergegangen sein soll, auf Grund eines dabei stattgehabten Betruges anzufechten.

2) Mit der dritten Beschwerde verlangt der Intervenient eventualiter die Beseitigung des in Rede stehenden Beweises, weil nicht angegeben sei, daß der Betrug Erfolg gehabt habe. Es war jedoch nicht Sache des Interventen, darzuthun, er sei in einem Concursverfahren über das Vermögen des Impetraten unbefriedigt geblieben,

*) Siehe Band II. S. 112.

oder er habe denselben vergeblich ausgeklagt, sondern vielmehr Sache des Intervenienten, die Befriedigung des Interventen, resp. seiner Cedenten, sei es durch Zahlung oder in anderer Weise, zu behaupten und nachzuweisen, woran es jedoch gänzlich fehlt.

3) Die vierte Beschwerde des Intervenienten ist auf eine theilweise Verwerfung der gegnerischen Einrede gerichtet, nämlich in soweit, als die angefochtene Veräußerung eine Tilgung des Guthabens von Hermann an Israel Epstein zur Folge gehabt habe. Allein nach dem eigenen Vorbringen des Intervenienten, und nach dem Inhalt der Urkunde vom 5. Februar ist ein Erbschaftskauf abgeschlossen, nicht aber eine Erbschaft an Zahlungsstatt hingegeben, und der Umstand, daß auf den Kaufpreis Gegenforderungen in Anrechnung gekommen sind, vermag an der ursprünglichen Natur des Geschäfts nichts zu ändern. Nicht minder war

4) die eventuelle Beschwerde des Interventen in voriger Instanz insoweit zu verwerfen, als derselbe auszuführen sucht, es bedürfe des in Rede stehenden Beweises nicht weiter, da die betrügerische Absicht der beiden Epstein sich aus actenkundigen Umständen ergebe. Die vom Interventen in Bezug genommenen Umstände sind jedoch nicht ausreichend nachgewiesen. Konnte daher von einer Beseitigung des Beweises aus diesem Grunde nicht die Rede sein, so versteht es sich gleichwohl von selbst, daß es dem Interventen unbenommen ist, alle in den Acten enthaltenen Momente, welche geeignet sein könnten, den fraglichen Beweis zu führen, in dem Beweisverfahren geltend zu machen. Dagegen mußte

5) theils auf Grund der fünften Beschwerde des Intervenienten, theils in Beihalt der Ausführung zur eventuellen Beschwerde des Interventen in voriger Instanz, der Beweissatz so, wie im Urtheil ersichtlich, gefaßt werden. Nach den von der Praxis des Ober-Appellationsgerichts

Hamb. S. Menke ca. Witt und Kayser. Cur. bon. 15. Januar 1853 p. 5 — 8.

anerkannten Grundsätzen des römischen Rechtes ist eine Veräußerung im Zustande der Ueberschuldung nicht ausreichend, um den Beweis der paulianischen Klage für erbracht anzusehen. Es muß außerdem eine betrügerische Absicht dargethan werden, sei es direct oder

auf künstlichem Wege. Dieß geschieht im Fall eines onerosen Erwerbs durch den Beweis, daß der Veräußernde die Absicht gehabt, seinen Gläubiger zu beeinträchtigen, und der Empfänger um jene Absicht gewußt habe. Im Falle eines lucrativen dagegen kommt die betrügerische Absicht des Empfängers nicht in Betracht, sondern nur die des Veräußernden, welche der Regel nach schon dann als vorhanden anzusehen ist, wenn die Veräußerung mit dem Bewußtsein materieller Zahlungsunfähigkeit, stattgefunden hat. Da nun Intervent ausdrücklich in den Acten erster und zweiter Instanz behauptet hat, es habe bei dem Rechtsgeschäft vom 5. Februar an einem Preise gefehlt und die Veräußerung sei unentgeltlich geschehen, so konnte diese Behauptung bei Fassung des Beweissatzes nicht unberücksichtigt bleiben. Auch war nicht anzunehmen, daß der deßfallsige Beweis mit dem Beweise der Simulation, welchen keine der Partheien angefochten hat, zusammenfalle, indem der letztere jedenfalls einen umfassenderen Charakter hat.

6) Die letzte Beschwerde des Intervenienten, betreffend die Legitimation des Interventen, konnte nicht aus den Gründen zu den vorigen Erkenntnissen verworfen werden. Hätte man mit dem vorigen Urtheile anzunehmen, die Intervention sei durch das Document vom 5. Februar nicht fundirt, so würde Intervenient freilich unberechtigt sein, den Inhalt der Forderung des Interventen und die Art, wie solche auf ihn übergegangen sei, einer Prüfung zu unterziehen. Dieser Gesichtspunkt ist aber in dem Obigen verworfen, und es handelt sich darum, eine gültiger Weise erworbene Forderung in ihrer Wirksamkeit dadurch zu hemmen, daß der stattgehabte Erwerb wieder aufgehoben werde. Ist das der Fall, so mußte es dem Intervenienten zustehen, auch die Berechtigung der Person zu prüfen, welche diese Aufhebung um deßwillen beansprucht, weil sie selbst eine Forderung habe. Dessen ungeachtet konnte auf die Beschwerde der Zeit nicht eingegangen werden. Die vorgelegten Buchauszüge, in Verbindung mit den über die an den Interventen stattgehabten Cessionen aufgenommenen Documenten bilden jedenfalls auch dem Intervenienten gegenüber eine ausreichende Bescheinigung für den verhängten Arrest. Führt nun der Intervent die ihm auferlegten Beweise nicht, so tritt das Recht des Intervenienten ohne Weiteres in seine volle Wirksam=

keit, es fehlt an einem Arrestobject, und die Rechtsverfolgung gegen den Impetraten hört in Frankfurt auf. Erbringt dagegen Intervent einen der ihm auferlegten Beweise, so wird die Rechtfertigung des Arrestes und die Verhandlung über die Hauptforderung in Frankfurt gegen den Impetraten weiter fortgeführt, und es ist dem Intervenienten unbenommen, bei der deßfallsigen Proceßführung durch geeignete Anträge die Rechtsbeständigkeit der Ansprüche des Interventen einer Prüfung zu unterziehen.

Bei dem Wechsel der Erkenntnisse und der Zweifelhaftigkeit der Sache waren, der zweiten Beschwerde des Intervenienten ungeachtet, die Kosten voriger und jetziger Instanz zu vergleichen, die Kosten der Actenversendung in voriger Instanz dem nachsuchenden Theile zur Last zu lassen und die Kosten der ersten Instanz bis zum Enderkenntniß über die auferlegten Beweise auszusetzen.

Auszug aus den Seite 174 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

Kalkbrenner, geb. Frank, gegen Rechnei- und Rentenamt 1837:

Es kann auch nicht etwa ein Bedenken daraus entstehen, daß der Ehemann der Implorantin sein Domicil in Mastricht hatte und hier das französische Recht gilt, nach welchem eine deferirte Erbschaft von den Intestaterben auch ohne besondere Antretung weiter auf ihre Erben transmittirt wird. Denn die Art der Erwerbung einer Erbschaft bestimmt sich nicht nach den Rechten des Domicils des Erben, sondern nach denen des Forums der eröffneten Erbschaft; und als dieses Letztere muß Frankfurt — hinsichtlich des dort befindlichen Vermögens — behandelt werden, da nur unter dieser Voraussetzung das Frankfurter Stadtgericht zu der Todeserklärung des Bernhard Daniel Kalkbrenner, worauf beide streitenden Theile ihr Recht gründen, competent wird.

163.

H. Epstein, Intervenient gegen **J. Mertens,** Interventen, unbefugten Arrest betreffend, causa II. zur Sache des Letzteren, gegen **J. Epstein** zu New-York. — Urtheil vom 30. September 1858.

164.

H. Epstein, Intervenient gegen **Salomon Berlyn,** Interventen, unbefugten Arrest betr., zur Sache des Letzteren, gegen **J. Epstein** zu New-York. — Urtheil vom 14. October 1858.

165.

H. Epstein, Intervenient gegen **Mendle Aaron Lehmann,** Interventen, unbefugten Arrest betr., zur Sache des Letzteren, gegen **J. Epstein** zu New-York. — Urtheil vom 23. October 1858.

166.

H. Epstein, Intervenient gegen **J. Goll & Söhne,** Interventen, unbefugten Arrest betr., zur Sache der Letzteren, gegen **J. Epstein** zu New-York. — Urtheil vom 23. October 1858.

167.

H. Epstein, Intervenient gegen **Eduard Gumpf,** Interventen, unbefugten Arrest betr., zur Sache des Letzteren, gegen **J. Epstein** zu New-York. — Urtheil vom 23. October 1858.

Die Erkenntnisse des Ober=Appellationsgerichts in den vorstehenden Nummern 163 bis 167 sind mit dem Erkenntniß zu 162 Epstein ca. Mertens (causa I.) übereinstimmend, ausgenommen beim Falle 164, Epstein gegen Berlyn, woselbst der Absatz 5 in den Entscheidungsgründen wie folgt lautet:

Dagegen mußte

5) auf Grund der fünften und sechsten Beschwerde des Intervenienten der Beweissatz so, wie im Urtheil ersichtlich, gefaßt werden. Nach den von der Praxis des Ober=Appellationsgerichts

Hamb. S. Menke ca. Witt und Kayser Cur. bon. 15. Januar 1853 p. 5 — 8.

anerkannten Grundsätzen des römischen Rechtes ist eine Veräußerung im Zustande der Ueberschuldung nicht ausreichend, um den Beweis der paulianischen Klage für erbracht anzusehen. Es muß außerdem eine betrügerische Absicht dargethan werden, sei es direct oder auf künstlichem Wege. Dieß geschieht im Falle eines onerosen Erwerbes durch den Beweis, daß der Veräußernde die Absicht gehabt, seine Gläubiger zu beeinträchtigen, und der Empfänger um jene Absicht gewußt habe. Sollte jedoch in diesem Fall der Vertrag durch einen Bevollmächtigten geschlossen sein, so kann, nach klarer Vorschrift der

l. 25. § 3. D. quae in fraud credit. 42, 8,

dessen betrügerische Absicht zur Begründung der paulianischen Klage — und nur diese, nicht eine Klage wegen Bereicherung ist angestellt — wider den Auftraggeber nicht benutzt werden, und da zwischen einem Stellvertreter mit und einem ohne Auftrag, dessen Geschäftsführung genehmigt ward, ein innerer rechtlicher Unterschied nicht vorhanden, der Umstand aber, daß die betrügerische Absicht hier auf dem Wege der Einrede und nicht auf dem der Klage geltend gemacht ward, bedeutungslos ist, so durfte bei Fassung des Beweissatzes nicht, wie im ersten Urtheil geschehen, die etwaige Mitwissenschaft des Wickert um die betrügerische Absicht des Julius Epstein rechtlich in Betracht gezogen werden. Im Falle eines lucrativen Erwerbes dagegen kommt die betrügerische Absicht des Empfängers nicht in Betracht, sondern nur die des Veräußernden, welche der Regel nach schon dann als vorhanden anzusehen ist, wenn die Veräußerung mit dem Bewußtsein materieller Zahlungsunfähigkeit stattgefunden hat. — Hat nun

gleich Intervent in voriger Instanz über die Fassung des Beweissatzes bei Annahme eines lucrativen Erwerbs keine Beschwerde erhoben, so mußten gleichwohl, da an mehreren Stellen in den Acten erster Instanz darauf hingewiesen ist, daß ein solcher hier vorliege, bei erfolgter Abänderung des Beweissatzes auf Antrag des Intervenienten, auch die Rechte des Interventen gewahrt und ihm nach dieser Richtung der betreffende Beweis nachgelassen werden. Auch war nicht anzunehmen, daß der deßfallsige Beweis mit dem Beweise der Simulation, welchen keine der Partheien angefochten hat, zusammenfalle, indem der Letztere jedenfalls einen umfassenderen Charakter hat.

168.

Elisabeth Sch., Klägerin, Appellantin gegen **Johann E.**, Beklagten, Appellaten, Eheversprechen und Alimente betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 23. October 1858.

Die Klägerin hat durch die in gegenwärtiger Instanz wiederholten Beschwerden voriger Instanz:

1) darauf angetragen, daß schon nach dem, was vorliege, die dem Beklagten aufgelegten Alimente von 30 kr. und später 45 kr. per Woche auf 1 fl. 30 kr. und 2 fl., eventuell doch auf 45 kr. und 1 fl. und die der Klägerin eventuell zugesprochene Entschädigungssumme von 150 fl. auf 1000 fl. oder doch auf einen erheblich größeren Betrag als 150 fl. erhöht werden möge.

Nun konnte aber der Klägerin hierin nicht gewillfahrt werden. Wie das Ober-Appellationsgericht wiederholt anerkannt hat, so ist bei der Bestimmung der Alimente für ein uneheliches Kind, sowie auch bei der Feststellung des einer Geschwächten zuzusprechenden Entschädigungsbelaufs zunächst auf den Stand und die Lebensverhältnisse der Mutter zu sehen.

Die Klägerin ist eine mittellose Bauernmagd und gehört somit derjenigen Schichte der bürgerlichen Gesellschaft an, in welcher das niedrigste Maaß für die in Rede stehenden Schätzungen anzuwenden ist. Kann nun auch unter Umständen ein angeblich höherer Stand oder eine größere Wohlhabenheit des Schwängerers eine Erhöhung des zuzuerkennenden Belaufs der Alimente und der Entschädigung der Letzteren namentlich im Falle eines geleisteten Eheversprechens motiviren, so liegt doch hier Nichts vor, was dazu Veranlassung geben könnte. Denn der Beklagte ist eines Ackermanns Sohn, hat bis zu dem vor Kurzem erfolgten Ableben seines Vaters an dessen ländlichem Betrieb als Arbeiter Theil genommen, und wenn ihm auch

nunmehr ein Grundbesitz — der indessen nach den Acten nicht höher als auf 2 Morgen veranschlagt werden kann — zugefallen ist, so ist er doch hierdurch noch nicht aus der Classe derjenigen Landbewohner, welche persönlich Ackerarbeit verrichten, herausgetreten, wie denn die Klägerin selbst angibt, daß der Beklagte vornehmlich durch seine körperliche Rüstigkeit seinen Lebensunterhalt sich zu verschaffen habe und verschaffe.

Anbelangend sodann die Größe des der Klägerin zugesprochenen Betrages der Alimente von 26/39 fl. pr. anno und des Entschädigungsbetrages von 150 fl., so kann nach den in den Acten liegenden übereinstimmenden Aussprüchen des Stadtgerichts und des Appellationsgerichts nicht bezweifelt werden, daß diese Veranschlagung der zu Frankfurt observirten Praxis, insofern es sich um Personen aus dem in Rede stehenden Lebenskreise handelt, entspricht, und das Ober-Appellationsgericht hatte keine Veranlassung, das Ergebniß der Letzteren im vorliegenden Falle als zu ungünstig für die Klägerin aufzufassen. Ob ein der Geschwächten ertheiltes Eheversprechen Einfluß auf die Größe der dem Kinde vom pater naturalis zu leistenden Alimente habe, kann hier dahin gestellt bleiben, da es unter den vorliegenden Umständen und bei dem mehrbesprochenen Stande beider Eltern jedenfalls darauf nicht ankommen könnte.

Die Klägerin hat

2) darauf angetragen, daß ihr der Beweis eines erheblich günstigeren Vermögensstandes des Beklagten nachgelassen werden möge, als von den vorigen Richtern bei der Schätzung des Alimenten- und Satisfactionsbetrages zu Grunde gelegt worden sei. Hierbei steht ihr indessen entgegen, daß die zum Beweise zu verstellende Behauptung der erforderlichen näheren Substantiirung entbehrt.

Wie schon hervorgehoben ist, so gehört der Beklagte auch nach den dermaligen Angaben der Klägerin zu der Classe der von der ländlichen Handarbeit lebenden Ackersleute und die Klägerin hat weder über Capital-Vermögen, welches dem Beklagten ein Einkommen gewährte, noch über einen erheblichen Ackerbesitz desselben solche Angaben gemacht, welche die Grundlage einer Beweisauflage bilden könnten. Die 30 Morgen Landes, welche der Beklagte zu erwarten haben soll, sind weder, wenn auch nur einigermaßen örtlich beschrieben, noch

ist angegeben, wann oder von wem sie dem Beklagten angefallen seien oder anfallen würden. Und was den von seinem Vater während der Dauer des Prozesses ihm erblich zugekommenen Landsitz betrifft, so hat die Klägerin der beklagtischen Behauptung, daß selbiger nur in ungefähr 2 Morgen bestehe, bestimmte nähere Angaben nicht entgegen gesetzt.

3) Die Beschwerde der Klägerin, daß ihr nicht ausdrücklich vorbehalten worden sei, für den Fall, wenn der Beklagte später in wesentlich günstigere Vermögens-Verhältnisse gelangen sollte, eine Erhöhung der demselben auferlegten Alimentations- und Satisfactionssummen beantragen zu dürfen, erledigt sich schon durch die Erwägung, daß ihr für den gedachten Fall nichts abgesprochen worden ist. Soweit also ein solcher Antrag als rechtlich statthaft erscheinen sollte, was übrigens in Betreff der Satisfactionssumme sicherlich nicht der Fall sein würde, könnte die Klägerin ungehindert mit demselben früher oder später unter der Voraussetzung hervortreten, daß sie gehörig substantiirte factische Angaben über eine gegen den dermaligen Bestand um ein Erhebliches verbesserte beklagtische Vermögenslage vorzubringen vermöchte.

Mußte somit die Entscheidung der vorigen Richter bestätigt werden, so stellte sich auch die zweite Beschwerde dieser Instanz, welche sich nur auf die Kosten der vorigen Instanz bezieht, als unbegründet dar.

169.

F. C. H., Kläger gegen Dr. **Berg** als curator ad litem der am 18. August 1853 gebornen Tochter der **H**'schen Ehefrau, Catharina, geb. **F.**, Beklagten, den Status gedachten Kindes betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 3. December 1856.

In Erwägung

1) daß in vorliegender Rechtssache, bei welcher es sich zunächst um einen Gegenstand des Familienrechtes handelt, nur Handelsmann F. C. H., nicht aber dessen gerichtlich bestellte Vermögensverwalter als klagberechtigt erscheinen;

2) daß das Kind, dessen eheliche Geburt von dem Kläger bestritten wird, den 19. August 1853 zur Welt gekommen ist;

3) daß das Ergebniß der zwischen den H'schen Eheleuten verhandelten Ehescheidungs-Streitigkeiten, wie bereits durch Bescheid vom 25. Januar l. J. erkannt wurde, diesem Kinde, dessen Vertreter damals weder mit Einwendungen noch mit Gegenbeweis gehört werden konnte, nicht entgegensteht;

4) daß übrigens auch die in einer dieser Ehescheidungs-Streitigkeiten zur Sprache gekommene Frage einer Zusammenkunft beider Eheleute zu Hanau im Monat November 1852, also gerade zu einer für die Geburt des bei vorliegendem Rechtsstreite betheiligten Kindes kritischen Zeit nicht entschieden wurde;

wird zu Recht erkannt:

I. Die angestellte Klage, insofern dieselbe von den Curatoren des Vermögens des Handelsmannes F. C. H. in eigenem Namen erhoben worden, wird abgewiesen.

II. Kläger hat binnen 14 Tagen, vorbehältlich des Gegenbeweises, zu erweisen:

daß er in dem Zeitraum von dem 24. October 1852 bis zum 19. Februar 1853 seiner Ehefrau nicht ehelich beigewohnt habe,

worauf alsdann in der Hauptsache und der Kosten wegen weiter erkannt werden wird.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 23. Februar 1857.

Auf Appellation des Klägers.

In Erwägung

1) daß in dem vorliegenden Prozesse, in welchem über den Status des am 18. August 1853 gebornen Kindes der Ehefrau des Klägers, Handelsmanns F. C. H., gestritten wird, die aufgetretenen Curatoren, welche nur zur Verwaltung des Vermögens ihres genannten Curanden berufen sind, als klagberechtigt nicht angesehen werden können,

Heise und Cropp, juristische Abhandlungen.
Bd. II. S. 169.
Seuffert, Archiv, Bd. I. Nr. 164.

2) daß die gesetzliche Vermuthung dafür streitet, daß jenes Kind von dem Kläger erzeugt worden ist;

3) daß diese gesetzliche Vermuthung nur durch den Beweis der Unmöglichkeit seiner Erzeugung durch den Kläger entkräftet werden kann,

l. 6 D. de his qui sui vel alieni juris sunt I. 6.
v. Savigny, System Bd. II. S. 390.
Souchay, Anmerkungen Bd. II. S. 860.
Seuffert, Archiv Bd. I. Nr. 162.
Bd. VIII. Nr. 229.

4) daß Kläger zu diesem Beweis in dem angefochtenen stadtgerichtlichen Erkenntnisse zugelassen worden ist;

5) daß nach

l. 29 § 1 D. de probat. 22, 3.
l. 11 § 9 D. de adult. 48, 5.

selbst der Beweis des Ehebruchs oder das Geständniß der Mutter, daß das von ihr geborne Kind nicht von dem Ehemanne erzeugt worden sei, die gesetzliche Vermuthung für die Vaterschaft des Letzteren nicht zu zerstören vermögen;

6) daß somit die gegen das stadtgerichtliche Erkenntniß vom 3. December 1856 aufgestellten Beschwerden unbegründet sind,

wird die erhobene Appellation abgeschlagen und klagender Theil in die Kosten dieser Instanz verurtheilt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. October 1858.

Auf Appellation des Klägers.

Erkannt:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 23. Februar 1857, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten jetziger Instanz mit der Maaßgabe zu bestätigen sei, daß der Zeitraum, für welchen Kläger den ihm im Stadtgerichts-Urtheile vom 3. December 1856 auferlegten Beweis zu führen hat, auf den 23. October 1852 bis 18. Februar 1853 festgestellt wird; und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Von den beiden in voriger Instanz klägerischerseits aufgestellten Beschwerden ist die erste, betreffend die Befugniß der H'schen Curatoren, in solcher Qualität auch in eigenem Namen die zur Entscheidung stehende Paternitäts-Klage mit zu erheben, nicht weiter verfolgt worden, und da hiernach in so weit die überdieß gegen die Curatoren mit vollem

Rechte erkannte Klag-Abweisung rechtskräftig geworden ist, so mußte, zumal durch die von denselben gleichzeitig beigebrachte Vollmacht allen Erfordernissen ausreichender Prozeßlegitimation genügt bleibt, dem deßfallsigen Antrage des Appellanten gemäß, eine Rectification des bisher noch beibehaltenen früheren Rubrums in der aus dem Urtheile ersichtlichen Weise eintreten.

Die andere, jetzt noch allein zur Entscheidung stehende Beschwerde des Klägers betrifft lediglich die Fassung des dem Letzteren im Stadtgerichts-Urtheile vom 3. December 1856 auferlegten Beweises, daß nämlich derselbe darauf

> „in dem Zeitraum von dem 24. October 1852 bis zum 19. Februar 1853 seiner Ehefrau nicht ehelich beigewohnt (zu haben)"

und nicht vielmehr bloß darauf, dem Klagfundamente gemäß, gestellt worden sei,

> „daß Kläger . . . . nicht der Vater des von seiner Ehefrau . . . . am 18. August 1853 zu Mainz gebornen Kindes Namens Sophie sei, dieses Kind vielmehr im Ehebruch erzeugt worden ist."

Als abgethan war daher auch Alles anzusehen, was zwischen den Partheien, namentlich in erster Instanz, theils darüber, ob eine gehörige Einlassung auf die Klage erfolgt, und ob resp. wie weit in dem beklagtischen Vorbringen nur eine negative Einlassung oder das Vorschützen einer wahren Einrede enthalten sei, theils darüber verhandelt ist, ob es einer Beweisführung überall noch bedürfe, und wenn solche sowohl an sich, als insbesondere im Beihalte der Acten über die zwischen dem Kläger und seiner Ehefrau obgeschwebt habenden, durch Beweis-Verzicht des Ersteren erledigten Scheidungs-Prozesse, obliege, und sei in allen diesen Beziehungen nur bemerkt, daß selbst ausdrückliche Zugeständnisse der klägerischen Ehefrau, welche in gedachten Prozessen enthalten wären, den Kindern derselben oder deren Vertretern um so gewisser in keiner Weise präjudiciren könnten, als nicht bloß klägerischerseits mit obigem Beweis-Verzichte ausdrücklich die reservatorische Erklärung verbunden worden ist, die Vaterschaft der während des Prozesses gebornen beiden Kinder nicht

damit anerkennen zu wollen, sondern auch das Stadtgericht in dem Einen der jenen Scheidungs-Prozeß für erledigt erklärenden Erkenntnisse vom 25. Januar 1856 sub. 2, in Uebereinstimmung mit einem schon bei der fraglichen Beweis-Auflage durch das Interlocut vom 21. April 1854 gemachten Vorbehalte, durch ausdrückliches decisum, über den Status der Kinder, deren Legitimität bestritten werde, in der Ehescheidungssache ein Erkenntniß nicht erlassen zu können, diese mit dem Scheidungsantrage zwar connexe, aber keineswegs zusammenfallende Status-Frage völlig offen gehalten hat.

Anbelangend nun aber die hier angefochtene Beweis-Fassung selbst und deren verlangte Abänderung, so ist es klar und überdieß in

L. 11 § 9 Dig. de adult.

anerkannt, wie damit allein, daß eine Ehefrau des Ehebruchs geständig oder überführt ist, die Illegitimität des von ihr noch durante matrimonio oder innerhalb des tempus legitimum post divortium gebornen Kindes keineswegs, obwohl möglich, anzunehmen steht, und ist denn auch klägerischerseits die Abänderung nur dahin, daß das hier fragliche Kind im Ehebruche erzeugt sei, erbeten worden. Dieser Beweis aber, und ebenso der gleichzeitig als allein angemessen bezeichnete Beweis, daß Kläger nicht der Vater jenes Kindes sei, würde gegenüber der gesetzlichen Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant, welche bis zum Beweise der Unmöglichkeit für die Vaterschaft des Ehemannes streitet, sowohl überhaupt der Regel nach, als insbesondere im vorliegenden Falle, wo eine Impotenz des Klägers nicht behauptet ist, auch Letzterer zwar das eheliche Zusammenleben und den gemeinsamen Haushalt aufgegeben, aber doch, abgesehen von etwaigen Reisen, stets in der Nachbarschaft des Wohnsitzes seiner Frau sich aufgehalten hat, nur durch den Nachweis erbracht werden können, daß in der Zeit, in welche nach Natur- und Rechtsgesetzen die Empfängniß des von der Ehefrau gebornen Kindes fallen muß, ein geschlechtlicher Verkehr zwischen den Ehegatten überall nicht stattgefunden habe oder habe stattfinden können, indem nur dieß, daß das Kind nicht von dem Ehemanne herrühre, zur Gewißheit zu bringen vermag, alles Andere dagegen und namentlich auch

der vollerwiesene Ehebruch der Frau nur, ob wirklich Er der Erzeuger des Kindes sei, ungewiß macht, dieß aber zu Beseitigung jener gesetzlichen Präsumtion nicht genügen kann. Zu Erbringung des Beweises, daß in der entsprechenden Zeit eine Beiwohnung zwischen den Ehegatten nicht stattgefunden, wird allerdings, dafern und soweit daraus für den ganzen fraglichen Zeitraum mit ausreichender Gewißheit ein alibi sich ergibt, dem Kläger auch gestattet sein, auf die schon im Jahre 1852 eingetretene und seitdem seiner Behauptung nach nicht einmal besuchsweise unterbrochene thatsächliche Aufhebung des consortii conjugalis zurückzukommen. Allein wie Kläger, falls beklagtischerseits im Gegenbeweise dargethan zu werden vermöchte, daß während des fraglichen Zeitraums Kläger seine Ehefrau oder diese ihn besucht habe, doch zu Erbringung seines Beweises, nicht Vater des fraglichen Kindes zu sein und sein zu können, würde darthun müssen, daß bei solchen gelegentlichen Besuchen ein geschlechtlicher Verkehr zwischen ihm und seiner Frau nicht stattgefunden hätte, so ist andererseits durch die vom Stadtgerichte beliebte Beweisfassung dem Kläger die Recurrenz auf jene factische Trennung keineswegs abgeschnitten. Indem nun auch der Einwand, daß möglicher Weise die Frau, als derartige Besuche stattgefunden und etwa zu geschlechtlichem Verkehr der prozessirenden Ehegatten geführt hätten, in Folge ehebrecherischen Verkehrs mit Anderen schon schwanger gewesen sein könnte, ein deßfallsiger Nachweis aber durch die jetzige Beweisfassung dem Kläger abgeschnitten sein würde, wenn auch nicht formell wegen Verspätung ganz unzulässig, doch materiell und deßhalb völlig unerheblich ist, weil die gesetzliche Präsumtion durch bloß factische Gegenvermuthungen oder durch die physische Ungewißheit der Paternität allein nicht alterirt zu werden vermag, so erscheint die angefochtene Beweisauflage sowohl darin, daß sie auf den Nichtvollzug der geschlechtlichen Beiwohnung gestellt ist, als darin, daß dieser Nichtvollzug für den ganzen, der Geburt des Kindes entsprechenden Zeitraum der Conception nachgewiesen werden soll, durchaus gerechtfertigt.

Die Bestätigung der Sent. a qua konnte daher sowohl in der Hauptsache, als hinsichtlich der den Gegenstand der zweiten Beschwerde bildenden Kosten voriger Instanz, und folgeweise denn auch die

Verurtheilung Klägers in die jetzt erwachsenen Kosten keinem Zweifel unterliegen. — Doch war, da bei Berechnung des der Geburt entsprechenden Zeitraums der Conception irrthümlicher Weise vom Stadtgerichte der 19. August 1853 statt des 18. ejusdem als Geburtstag des Kindes angenommen worden ist, und dieß Versehen einem bloßen Rechnungsfehler gleichgestellt werden dürfte, Berichtigung eines solchen aber gerichtsseitig auch ohne deßfallsigen Antrag stattfinden kann, in der Maaßen, wie im Urtheile geschehen, für die Beweisformel eine Rectification des terminus a quo und ad quem um je Einen Tag so unvermeidlich, als unbedenklich.

170.

F. C. H., Kläger gegen Dr. **Seffler**, als Curator ad litem des am 18. Juli 1854 gebornen Sohnes der **H**'schen Ehefrau, Catharina, geb. **F.**, Beklagten, den Status gedachten Kindes betreffend.

Das in dieser Sache am 30. October 1858 ergangene ist mit dem an demselben Tage zur Sache Nr. 169 ergangenen Urtheile gleichlautend. —

171.

B., geb. **S.**, Klägerin gegen ihren Ehemann **B.**, Beklagten, Ehescheidung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 26. März 1856.

1) Von den zur thatsächlichen Begründung der Klage vorgebrachten Behauptungen sind zunächst alle diejenigen, welche die Geschäftsverhältnisse des Beklagten vor der Ehe, die angebliche Täuschung der Klägerin hinsichtlich der Vermögensverhältnisse bei Eingehung der Ehe und die Verwendung des Heirathsgutes zur Zahlung vorehelicher Schulden, zum Gegenstand haben, hier ohne rechtliche Bedeutung, da darin ein gesetzlicher Scheidungsgrund nicht gefunden werden könnte;

2) dagegen kommt in Betracht, daß Beklagter schon des Vormittags Wirthshäuser besucht, öfters trunken und zwar zuweilen schon des Nachmittags um 4 Uhr nach Hause gekommen, vollständige Orgien gegeben, mit unbekannten Weibspersonen auf den benachbarten Vergnügungsorten herumgezogen und mit Dienstmädchen in öffentlichen Wirthslokalen getanzt haben soll.

3) Ein solcher regelloser Lebenswandel würde nämlich gerade um so unverzeihlicher sein, wenn, wie Beklagter angibt, unglückliche Zeitverhältnisse auf sein Handelsgeschäft störend eingewirkt haben, da er alsdann um so mehr gegen seine Familie verpflichtet gewesen wäre, dem, wie aus Allem hervorgeht, jetzt vorhandenen vollständigen Ruin seiner Vermögens-Verhältnisse mit allen Kräften entgegen zu wirken. Ein solcher Lebenswandel würde selbst in dem Falle eine Entschuldigung nicht finden können, wenn, wie er weiter einwendet, seine ehelichen Vermögensverhältnisse mit durch die hinterlistige Handlungsweise seines Schwiegervaters in Unordnung gebracht worden sein sollten. Diese beiden Einreden können daher nicht beachtet wer-

den und zwar letztere um so weniger, da er nirgends seiner Ehefrau eine Mitschuld zum Vorwurf gemacht hat.

4) Dagegen steht der Einwand, daß Klägerin den Vermögens-Ruin auch durch ihr regelloses und verschwenderisches Leben mitverschuldet habe, der erhobenen Klage allerdings mit Wirkung entgegen. In dieser Beziehung kommt aber in Betracht, daß sich Klägerin um die Haushaltung nicht bekümmert, fortwährend Theater und Gesellschaften besucht, die Haushaltungsgelder zu Putz- und Toiletten-Gegenständen verwendet, die theuersten Luxusgegenstände auf den Credit ihres Mannes gekauft, und endlich den B. oder L. ohne Zustimmung ihres Ehemannes als Hausfreund bei sich aufgenommen und stets auf das Ausgesuchteste bewirthet haben soll.

5) Bei dieser Sachlage muß beiden streitenden Theilen der Beweis ihrer Behauptungen auferlegt, resp. nachgelassen, dem Endurtheil aber vorbehalten werden, zu entscheiden, welches Gewicht den angeführten Thatumständen im Einzelnen oder in ihrem Zusammenhange beizulegen ist.

6) Was die von Seiten des Beklagten vorgebrachte Behauptung des Ehebruchs betrifft, so ist dieselbe zwar als Compensations-Einrede nicht geeignet, wohl aber in der Richtung zu beachten, daß dieselbe bei der Entscheidung, wer als schuldiger Theil zu erkennen sein wird, mitberücksichtigt werden muß. Auf der anderen Seite ist jedoch in diesem schon in mehreren anderen Rechtsstreiten vorgebrachten und jetzt hier wiederholten Vorwurfe eine grobe Beleidigung der Klägerin zu erkennen. Er wird daher, wenn er von dem Beklagten nicht zu erweisen sein sollte, allerdings auch zu Gunsten der Klägerin dereinst wenigstens mit in Betracht zu ziehen sein, wenn sich nicht umgekehrt auch die von dieser vorgebrachte Beschuldigung, daß ihr Ehemann mit fremden Weibsleuten herumziehe, gleichfalls als frivol ergeben sollte, da sich alsdann Beleidigungen von ganz gleicher Art gegenüber stehen würden.

7) Der Antrag des Beklagten auf Herausgabe seines Sohnes, in welcher Hinsicht ein besonderer Rechtsstreit anhängig ist, muß vorerst um so mehr auf sich beruhen, da die Acten sich in höherer Instanz befinden und daher jetzt nicht übersehen werden kann, ob und welche

Aenderungen die Erhebung des gegenwärtigen Rechtsstreites etwa herbeigeführt hat.

Aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

Würden beide streitende Theile binnen 14 Tagen, vorbehältlich des Gegenbeweises und unter dem oben ad 5 bemerkten richterlichen Vorbehalte,

A. die Klägerin die ad 2 und

B. der Beklagte die ad 4 angegebenen Thatsachen vollständig oder theilweise, sowie, daß sich seine Ehefrau des Ehebruchs schuldig gemacht habe,

rechtsgenügend erweisen, so soll in der Hauptsache und der Kosten wegen weitere Entscheidung erfolgen.

Dieses Erkenntniß wurde auf beiderseitige Appellation durch Erkenntniß des Appellationsgerichts (Rechtsfacultät Freiburg) bestätigt.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 8. November 1858.

Da

1) selbst ohne den vom Stadtgerichte in das decisum ausdrücklich mit aufgenommenen Vorbehalt sub. 5 der ratt., vollends aber im Hinblick auf diesen es nach der in solcher Maaßen schon von der Sententia a qua näher und durchaus richtig gewürdigten Fassung des sub. 6 der ratt. ersichtlichen Ausspruchs des Stadtgerichts klar vorliegt, daß für den Fall, wenn Beklagter den seiner Frau im jetzigen, wie in früheren Prozessen gemachten Vorwurf des Ehebruchs durch Erweis des Letzteren zu justificiren nicht vermöchte, darüber, ob nicht in solcher grundlosen Anschuldigung eine zur Ehescheidung genügende grobe Beleidigung zu befinden, und schon allein aus diesem Grunde den klägerischen Anträgen zu deferiren wäre, überall noch nichts der Klägerin aberkannt ist, überdieß es sowohl der Natur der Sache als dem Inhalte und Sinne des hier in Frage stehenden Gesetzes vom 19. November 1850 durchaus entspricht, wenn bei noch ungewissem Ergebniß des auferlegten und selbst gar nicht angefochtenen Beweises die definitive Entscheidung über rechtliche Bedeu-

tung und Wirkung jenes Vorwurfs ausgesetzt geblieben ist, hiernach denn in jenem Ausspruche weder eine Beschwerung der Klägerin gefunden werden kann, noch auch, vollends gegenüber der jedes deßfallsige Recht und Interesse der Klägerin ausreichend sicherstellenden Sententia a qua, zu einer, an sich und in Fällen der vorliegenden Art allerdings auch dem höheren Richter gestatteten declaratoria irgend welcher Anlaß gegeben ist, und so in jedem Betrachte das erste klägerische Gravamen als durchaus grundlos sich darstellt, da auch

2) bei dem zweiten Gravamen, welches gegen den anderen sub 6 der ratt. enthaltenen Ausspruch gerichtet ist, daß, wenn sowohl der der Frau gemachte Vorwurf des Ehebruchs, als die von ihr umgekehrt gegen den Mann im jetzigen Prozesse erhobene Beschuldigung, mit fremden Weibsleuten herumzuziehen, unerwiesen bliebe, Beleidigungen von ganz gleicher Art sich gegenüberstehen würden, die klägerische Beschwerdeführung aus dem doppelten Grunde sich als nicht gerechtfertigt darstellt, weil einentheils

a) in und mit jener Aeußerung weder dieß, daß bei Unerweislichkeit der beiderseitigen Vorwürfe der ganze Scheidungs-Antrag der Klägerin so weit auf die vom Manne erlittenen Beleidigungen gestützt, zurückzuweisen sein würde, noch auch nur so viel ausgesprochen ist, daß die grundlose Beschuldigung des Ehebruchs, wenn in jenem Punkte Klägerin beweisfällig bliebe, gar nicht weiter und auch nicht einmal adminiculirend in Betracht zu ziehen wäre, vielmehr auch hierin dem Stadtgericht für die künftige definitive Beurtheilung des ganzen durch die Beweisführung ermittelten Sachverhalts freie Hand trotz jenes Ausspruchs bleibt, und weil anderntheils

b) wenn man überhaupt das Princip, daß Schuld und Gegenschuld nur soweit, als sie sich auch der Größe nach decken, zur Compensation führen, über das Gebiet von Geld- und ähnlichen Leistungen ausdehnen oder gar auf beiderseitige Verletzungen der ehelichen Pflichten anwendbar erachten könnte, in dem obigen gegen den Beklagten erhobenen, wenn auch zunächst nur in Bezug auf den aus Nr. 6 und nicht aus Nr. 8 des oberwähnten § 15 entnommenen Klaggrund vorgebrachten Vorwürfe, sowohl an sich, als dem Zusammenhange nach implicite nichts anders als die Beschuldigung des Ehebruchs

oder doch verdächtiger Hintansetzung der ehelichen Treupflicht sich finden läßt, hiernach aber dem wesentlichen Inhalte nach und abgesehen von der Form und Veranlassung ihres Vorbringens zwischen der gegen den Beklagten erhobenen und der von diesem ausgegangenen Beschuldigung in Bezug auf Art und Schwere weder überhaupt, noch vollends was die im Falle der Unerweislichkeit darin liegende Beleidigung betrifft, eine irgend erhebliche Verschiedenheit angenommen werden kann; da endlich

3) bei hiernach unbedenklicher Verwerfung der die Sache selbst betreffenden klägerischen Beschwerdeführung dem dritten Gravamen, welches über die hinsichtlich der Kosten voriger Instanz von der Sententia a qua getroffene Entscheidung erhoben worden ist, eben so wenig Folge zu geben stand, als die Verurtheilung der Klägerin in die jetzt erwachsenen Kosten, auf deren Deckung oder Erstattung abseiten des Beklagten als Ehemannes ein Antrag nicht gestellt ist, auch nach der durch die Uebereinkunft vom 17. Mai 1853 längst schon erfolgten Regulirung der beiderseitigen Vermögens-Verhältnisse nicht füglich gestellt werden konnte, einer weiteren Rechtfertigung bedürftig erscheint, so erkennt das Ober-Appellationsgericht für Recht:

> daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiermit geschieht, das bei dem Appellationsgerichte der freien Stadt Frankfurt unterm 13. März 1857 eröffnete Erkenntniß, unter Verurtheilung der Appellantin in die Kosten jetziger Instanz, lediglich zu bestätigen sei,

und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

172.

Dr. jur. **Hermann Scherer,** Kläger, Widerbeklagter, Appellat gegen **John W. M. Thompson,** Beklagten, Widerkläger und Appellanten, Forderung, jetzt geführten Beweis betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 11. November 1858.

Die Partheien sind darüber einverstanden, daß ein Lieferungsgeschäft über 2000 Dollars Great Western Illinois Bonds zu 79 pCt. mit einer Lieferungsfrist bis zum 17. September 1855 zwischen ihnen zu Stande gekommen sei; und differiren nur über die Natur und den rechtlichen Charakter dieses Geschäfts. Nach Angabe des Widerklägers soll die Lieferung der fraglichen Bonds im festen Engagement zu 79 pCt. vom Widerbeklagten versprochen worden sein, während Letzterer behauptete, nur einen Auftrag zum Einkaufe jener Bonds mit Limito à 79 pCt. übernommen, sich also zu deren Lieferung nur unter der Voraussetzung verpflichtet zu haben, daß er — bei Anwendung gehöriger Sorgfalt — dieselben zu dem gedachten Preise anzuschaffen im Stande sein werde. Durch rechtskräftig gewordenes Erkenntniß des Stadtgerichts vom 13. Juni 1856 ist dem Widerkläger der Beweis der von ihm behaupteten Natur des Geschäfts dahin auferlegt worden, daß ihm der Widerbeklagte die Bonds verkauft habe; dem Letzteren aber Gegenbeweis, insbesondere dahin nachgelassen, daß er nur einen Auftrag zum Ankauf der fraglichen Papiere übernommen habe. Beide Theile haben sich zu Erbringung des ihnen auferlegten resp. nachgelassenen Beweises auf die des fraglichen Geschäfts wegen gepflogene Correspondenz bezogen, welche indeß nicht vollständig vorliegt, indem ein Brief des Widerklägers vom 30. Juli 1855 — den Widerbeklagten erhalten zu haben eingestanden, von dem er aber — daß er ihn

nicht besitze, und nicht böslicher Weise zu besitzen aufgehört, beschworen hat — nicht zu den Acten gekommen, dessen Inhalt (über welchen die Partheien wesentlich von einander abweichende Angaben machen) auch nicht in anderer Weise constatirt ist. Das Stadtgericht hatte in seinem Erkenntnisse vom 16. Februar 1857 angenommen, daß durch die Correspondenz das Gegentheil der zu beweisenden Thatsache klar dargethan und deßhalb Widerkläger mit der aus dem fraglichen Geschäfte erhobenen Widerklage abzuweisen sei. Von dem Appellationsgerichte aber ist dieses Erkenntniß, auf Berufung des Widerklägers unter Vergleichung der Kosten zweiter Instanz dahin abgeändert worden, daß zwar der Urkundenbeweis für verfehlt, aber auch der Gegenbeweis für nicht erbracht zu erkennen, und deßhalb noch der eventuell zugeschobene und acceptirte Hauptеid abzuleisten sei. — Bei diesem Erkenntnisse hat sich der Widerbeklagte beruhigt, Widerkläger aber beschwert sich

I. in Gravamen I. gegenwärtiger Instanz darüber, daß der ihm obliegende Beweis nicht für vollständig, eventuell bis zum Erfüllungseide geführt erachtet worden. Es steht demnach gar nicht mehr in Frage, ob der Gegenbeweis bereits erbracht, sondern nur noch, ob der Hauptbeweis durch die Correspondenz ganz oder wenigstens so weit geliefert sei, daß auf jenen Nothеid erkannt werden könne. Diese Frage aber ist mit dem Appellationsgerichte und im Wesentlichen aus dessen Gründen zu verneinen. Allerdings muß

A. zugegeben werden, daß die Briefe vom 3. und 4. August 1855, durch welche das fragliche Geschäft zum Abschlusse gekommen, wenn man bei den Worten, mit welchen darin das einzugehende Rechtsverhältniß bezeichnet ist, einfach stehen bleiben und von dem Zusammenhange mit der übrigen Correspondenz gänzlich abstrahiren dürfte — lediglich von einem festen Engagement, wie Widerkläger es behauptet, zu verstehen sein würden. Denn Widerbeklagter hat im Schreiben vom 3. August seine Bereitwilligkeit, die Bonds zu 79 pCt. zu liefern, nur davon abhängig erklärt, daß ihm bis zum 17. September Frist zur Lieferung gelassen werde, und Widerkläger darauf pure die Offerte von 2000 Dollars Great Western Illinois Bonds at 79 pCt, to be delivered on or before the 17. September next. acceptirt.

Indessen entsteht

B. eine Ungewißheit darüber, ob in den gedachten Briefen die Vertragsabsicht mit positiven Worten vollständig hat ausgedrückt werden sollen, und ob es sich nicht vielmehr hier nur um Feststellung einzelner Vertragsbestimmungen gehandelt, die Natur des einzugehenden Rechtsgeschäfts aber als durch die vorausgegangene Correspondenz bereits festgestellt betrachtet worden, dadurch, daß die Offerte im Briefe des Widerbeklagten vom 3. August mit den Eingangsworten:

„In Beantwortung Ihres geehrten vom 30. Juli sind wir bereit"

an diese vorausgegangene Correspondenz anknüpft. Es ist klar, daß — je nachdem in diesem Briefe vom 30. Juli von einem zu übernehmenden festen Engagement oder einer bloßen Einkaufs-Commission die Rede gewesen ist — auch die Offerte des Widerbeklagten und deren Acceptation in den Briefen vom 3. und 4. August in diesem oder jenem Sinne aufgefaßt werden muß, indem insbesondere der Ausdruck „liefern" an und für sich, — wie oben bereits bemerkt worden — eben so gut bei und von dem einen als dem andern Geschäfte sich brauchen läßt.

Nun kann es keinem Zweifel unterliegen, daß — wie überhaupt, abgesehen von dem hier fraglichen Geschäfte, der Widerbeklagte nur als Einkaufs- und Verkaufs-Commissionär für den Widerkläger thätig gewesen ist, so auch in Betreff der 2000 Dollars Great Western Illinois Bonds bis zum Schreiben des Widerklägers vom 30. Juli es sich nur um einen vom Widerbeklagten zu übernehmenden Einkaufs-Auftrag gehandelt hat. Die Briefe vom 27. und 29. Juli 1855 reden ganz klar nur von einem solchen und es erscheint völlig mißlungen, steht auch mit der eigenen Auffassung des Widerklägers, wie sie durch den ganzen Prozeß festgehalten worden, im entschiedensten Widerspruche, wenn derselbe gegenwärtig den Versuch macht, das Schreiben des Widerbeklagten vom 29. Juli von einem Kaufvertrage und festen Engagement zu verstehen. Es hängt daher Alles davon ab, ob Widerkläger in seinem Schreiben vom 30. Juli — wie er dieß gethan haben will — seine Absicht erklärt hat, einen Auftrag nicht ertheilen und nur auf eine Lieferung in festem

Engagement sich einlassen zu wollen, oder ob er — was Widerbeklagter behauptet — auch in diesem Briefe bei der ursprünglich intendirten Einkaufs-Commission stehen geblieben ist; und da dieser Brief weder vorgelegt, noch auch über dessen Inhalt Beweis geführt ist, kann der Inhalt der Briefe vom 3. und 4. August nur als noch unsicher und nicht ohne Weiteres gegen den Widerbeklagten sprechend aufgefaßt werden. Es kommt aber

C. noch hinzu, daß die spätere Correspondenz viel mehr auf eine dem Widerbeklagten ertheilte Einkaufs-Commission als auf ein über die fraglichen Bonds zu Stande gekommenes Kaufgeschäft hinweist.

Denn

1) auf des Widerklägers Acceptation vom 4. August und das damit verbundene Ersuchen, diese Annahme des Antrags im nächsten Briefe anerkennen zu wollen, antwortete Widerbeklagter am 7. August, indem er das Geschäft als einen ihm vom Widerkläger ertheilten Auftrag, die Bonds für dessen Rechnung anzukaufen, bezeichnete. Hierin mußte Widerkläger die entscheidendste und dringendste Veranlassung finden, wenn er ein festes Engagement als schon bestehend betrachtete, dieß umgehend und in bestimmter Weise zu erkennen zu geben und des Gegners Intention als Abweichung von dem geschlossenen Contracte zurückzuweisen. — Dieß will er denn auch

2) durch einen Brief vom 8. oder 9. August gethan haben. Allein da es durch den vom Widerbeklagten abgeleisteten Editionseid feststeht, daß er einen solchen Brief nicht erhalten und jeder Beweis dafür fehlt, daß Widerkläger ihn geschrieben, muß von diesem angeblichen Briefe gänzlich abstrahirt und die Sache so angesehen werden, als habe Widerkläger bei dem Schreiben vom 7. August bis zum 7. September sich beruhigt. Dieß könnte nun freilich einen Verlust seiner Rechte aus dem wirklich abgeschlossenen Vertrage nicht nach sich ziehen, es ist aber eine Anzeige dafür, daß das zu Stande gekommene Geschäft den im Briefe des Widerbeklagten vom 7. August angegebenen Inhalt, also nicht die Natur eines Kaufvertrages, gehabt hat.

3) Eine weitere Anzeige hiefür gibt der Brief des Widerklägers vom 7. September ab. Allerdings kann man bei der Mehrdeutig-

keit der in diesem Briefe vorkommenden Ausdrücke da, wo es sich um eine gegen den Schreiber zu ziehende Consequenz handelt, nur von der diesem günstigsten Auslegung — wie sie in der Gands'schen Uebersetzung enthalten ist — ausgehen. Allein auch wenn man dieß thut, läßt sich der Brief mit der Behauptung, daß Widerbeklagter bereits durch die Briefe vom 3. und 4. August ein festes Engagement zur Lieferung der fraglichen Bonds eingegangen, nicht wohl vereinigen. Im Falle eines solchen konnte Widerkläger allerdings noch immer sich veranlaßt finden darüber anzufragen, ob er einer rechtzeitigen Erfüllung der jenseitigen Verbindlichkeiten entgegenzusehen habe, er war aber nicht in der Lage, eine feste Zusage — und mehr will „guarantee" auch nach der Gands'schen Uebersetzung nicht sagen — dessen zu fordern, was ihm bereits fest zugesagt war.

4) Darin, daß Widerbeklagter diesen Brief bis zum 20. September 1855 unbeantwortet ließ, kann nicht — wie Widerkläger vermeint — eine stillschweigende Ertheilung jener von ihm begehrten festen Zusage gefunden werden. Widerbeklagter konnte die am Schlusse des Schreibens vom 7. September gebrauchten Worte:

> „If J receive no positive answer from you herein per return, J shall look for the delivery,"

im Anschlusse an die Mittheilung des gedachten Briefes: Widerkläger habe Gelegenheit, die Bonds anderswoher zu erhalten, sehr wohl in gutem Glauben dahin verstehen, daß derselbe sich um die Lieferung von anderer Seite umthun werde, und hatte bei diesem Verständnisse keinen Anlaß vorauszusetzen, daß eine unterbleibende Antwort als feste Zusage der Lieferung von seiner Seite werde aufgefaßt werden.

5) Der Brief des Widerbeklagten vom 20. September 1855 legt wieder klar dessen Auffassung des Geschäfts als einer bloßen Einkaufscommission, die dadurch, daß die Bonds zu 79 pCt. nicht anzuschaffen gewesen, ihre Erledigung gefunden habe, an den Tag. Eine Verbindlichkeit des Widerklägers, wenn er die Natur des Geschäfts anders ansah, dieß umgehend zu erkennen zu geben, bestand nun freilich nicht, allein es lag dieß doch so nahe für ihn und war so natürlich, daß aus dem Unterbleiben einer sofortigen Beantwor-

tung jenes Briefes ein neuer Zweifel darüber entnommen werden muß, ob Widerkläger damals wirklich eine unbedingte Lieferungsverbindlichkeit des Widerbeklagten, wie sie ein abgeschlossener Kaufvertrag mit sich gebracht haben würde, als bestehend angesehen habe.

6) Erst am 17. October 1855 schrieb Widerkläger:

„J am disappointed at the non-delivery of the — — — bonds which J considered to have been bought."

Aber auch hierin liegt kein Widerspruch gegen den in den Briefen des Widerbeklagten behaupteten und festgehaltenen rechtlichen Charakter des Geschäfts. Der Ausdruck „disappointed" weist nur auf eine nicht in Erfüllung gegangene Hoffnung, durchaus nicht auf ein verletztes Recht des Widerklägers hin, und die Schlußworte „which J considered to have been bought" sind jedenfalls natürlicher dahin, daß Schreiber die Bonds für bereits durch den Widerbeklagten angekauft, als dahin, daß er sie für denselben abgekauft erachtet habe, zu verstehen.

7) Erst am 29. November — nachdem Widerbeklagter im Schreiben vom 28. ejusd. den Inhalt seines Briefes vom 20. September wiederholt und zugleich Bezahlung seines aus der anderweiten Geschäftsverbindung herrührenden Guthabens gefordert — tritt Widerkläger mit der Behauptung einer vom Widerbeklagten übernommenen unbedingten Lieferungspflicht hervor.

Bis dahin hat er die Geschäftsverbindung fortgesetzt und dem Widerbeklagten, namentlich noch im November, bedeutende Ein- und Verkaufs-Aufträge ertheilt.

Es ist aber doch schwer glaublich, daß er dieß gethan haben würde, wenn er schon seit dem 7. August und jedenfalls seit dem 20. September der Ueberzeugung gewesen: Widerbeklagter gehe in der fraglichen Geschäftsangelegenheit darauf aus, einer Verbindlichkeit, über deren Existenz er — nach den Behauptungen des Widerklägers, namentlich über den Inhalt seines Schreibens vom 30. Juli — gar nicht hätte im Zweifel sein können, durch Verfälschung der wahren Natur des eingegangenen Vertragsverhältnisses sich zu entziehen.

Diesem Allen nach konnte kein Zweifel darüber obwalten, daß der vom Widerkläger versuchte Urkundenbeweis für gänzlich verfehlt zu erachten, das angefochtene Erkenntniß in der Hauptsache also zu bestätigen sei.

Aus der Verwerflichkeit der ersten Beschwerde ergibt sich

II. von selbst, daß auch die über die Vergleichung der Kosten voriger Instanz erhobene, bloß consecutive zweite Beschwerde keine Berücksichtigung finden konnte.

Die Verurtheilung des Appellanten in die Kosten gegenwärtiger Instanz ist die Folge der erkannten Zurückweisung seiner Beschwerden.

173.

Isaac Lichtenstein zu Markōbel, Kläger, Appellat gegen **Joseph Friedenberg**, Beklagten, Appellanten, Fruchthandel betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 13. November 1858.

Es handelt sich in der Hauptsache gegenwärtig nur um die richtige Vertheilung der Beweislast und fragte sich

I. zunächst und hauptsächlich, ob dem Kläger noch der Beweis seines Klaggrundes: daß Abraham Haas, als sein Beauftragter, den von ihm behaupteten Kaufvertrag mit dem Beklagten abgeschlossen habe, aufzulegen sei. Nun mußte

A. ohne Zweifel mit den beiden vorderen Instanzen davon ausgegangen werden, daß den Kläger noch nicht ohne Weiteres deßhalb die Beweislast trifft, weil Beklagter unter II. seiner Vernehmlassung den Klaggrund ausdrücklich und speciell in Abrede gestellt hat. Denn da er unter III. alsbald eine Darstellung des (seiner Behauptung nach) wahren Sachverhalts beigefügt hat, ist es klar, daß jenes Läugnen des Klaggrundes nur consecutiver Natur, nur darauf gegründet ist, daß ausweislich der richtigen Sachdarstellungen der vom Kläger behauptete Vertragsabschluß nicht stattgefunden habe. Sollte daher der Richter gleichwohl in dieser beklagtischen Darstellung des Herganges den fraglichen Vertragsabschluß finden, so verliert jenes Läugnen unter II. jede Bedeutung. — Auf der anderen Seite darf es aber auch dem Beklagten nicht präjudiciren, daß sein Sachführer die beklagtische Behauptung:

> „der Abschluß und die Gültigkeit des fraglichen Handels sei von der Genehmigung des Klägers abhängig gemacht und zur Abgabe der deßfallsigen Erklärung der 8. April als Termin bestimmt worden,"

häufig als eine „Einrede" bezeichnet und sogar die Beschwerde voriger und gegenwärtiger Instanz mit darauf gerichtet hat, daß ihm nicht der Beweis der gedachten Behauptung als eventueller „Einredebeweis" nachgelassen worden sei. Es konnte vielmehr

B. nur darauf ankommen, welches der wahre juristische Charakter der beklagtischen Darstellung des „anderen Sachverhalts" ist, ob dieselbe eine negative Einlassung auf die Klage, oder ob sie ein Zugeständniß des Klaggrundes und Vorschützen einer Einrede in sich begreift.

1) Das Appellationsgericht nimmt das Letztere deßhalb an, weil Beklagter nicht mit Bestimmtheit angegeben habe, ob die Verabredung einer Bestätigungs-Frist der Annahme der Bestellung vorausgegangen oder nachgefolgt sei. Diese Unbestimmtheit dürfe dem Beklagten nicht zum Vortheile gereichen; es müsse also die ihm ungünstigere, das sei die zuletzt erwähnte, Bedeutung seiner Behauptung beigelegt werden. Danach erscheine die behauptete Verabredung einer Bestätigungsfrist als eine dem Abschlusse des Geschäfts nachgefolgte, dasselbe abändernde Uebereinkunft, und eine solche habe Beklagter zu

beweisen. Dieser Ansicht stand indeß durchaus nicht beizutreten, indem in der beklagtischen Darstellung nur die Behauptung gefunden werden konnte, daß die fragliche Verabredung von vorne herein einen Bestandtheil des zwischen dem Beklagten und Haas getroffenen Uebereinkommens gebildet habe.

Haas soll den Roggen mit dem Bemerken bestellt haben, daß Käufer sich bis zum 8. April bei dem Beklagten einfinden würde, um den Vertrag zu bestätigen und die Schlußzettel auszuwechseln. Wenn Beklagter diese Bestellung annahm, so wurde der Inhalt der damit verbundenen Bemerkung von Anfang an Bestandtheil des durch solche Annahme zu Stande gekommenen Vertrages. — Daß dieß hat behauptet werden sollen, wird vollends unzweifelhaft durch den weiteren Verlauf der beklagtischen Darstellung. „Der Beklagte" — heißt es hier — „hatte nämlich den Haas nach seiner Vollmacht gefragt, die er aber nicht vorzeigen konnte, und in Folge dessen ward denn abgesprochen, daß der Handel am 8. April durch den angeblichen Vollmachtgeber bestätigt und perfect gemacht werden sollte." — Also die Frage nach der Vollmacht war der Bestellung — der eigentlichen Vertragsofferte im Gegensatze zu den bloßen Präliminar-Verhandlungen — vorausgegangen, und in Folge dieser Frage und der Unmöglichkeit, dem darin enthaltenen Verlangen zu entsprechen, erhielt die wirkliche Bestellung den fraglichen Zusatz, und wurde dieser durch Acceptation der Bestellung von Seiten des Beklagten zur „Absprache" unter den Contrahenten. Damit stimmt denn auch die juristische Auffassung des Beklagten überein, die man unbedenklich zur Erläuterung seines factischen Vorbringens benutzen darf. Wenn in der Exceptionalhandlung behauptet wird: „es habe am 6. April der Abschluß eines Handels überhaupt gar nicht stattgefunden, es sei niemals ein fester Abschluß zu Stande gekommen, sondern nur eine vorläufige Absprache, welche erst durch die vorbehaltene Genehmigung Seitens des angeblichen Auftraggebers des Haas habe perfect werden sollen," so dient dieß zum Beweise, daß Beklagter nicht hat behaupten wollen: ein ohne Vorbehalt abgeschlossener Vertrag sei durch spätere Beifügung eines solchen modificirt, sondern vielmehr: der Vertrag sei von vorne herein mit einem Vorbehalte abgeschlossen worden, der ein sofortiges Perfectwerden desselben

ausgeschlossen habe. Der Brief des Beklagten vom 14. April endlich steht durchaus nicht — wie Kläger dieß vermeint — der vorstehenden Auffassung der beklagtischen Sachdarstellung entgegen. Vielmehr stimmen die Eingangsworte:

„— Haas — bestellte für Sie — — mit der Bemerkung, daß Sie mir Ihre schriftliche Bestätigung dazu — — geben würden"

ganz mit der Erzählung in der Exceptionalhandlung überein, und ist namentlich auch die Bezeichnung der noch zu gebenden Bestätigung als einer schriftlichen dann ganz richtig, wenn die Auswechselung von Schlußzetteln annoch vorbehalten war.

Wenn aber Kläger die Schlußworte:

„— so sehe ich mich auch meiner Verbindlichkeit überhoben und betrachte das Geschäft als nicht abgeschlossen"

dafür geltend macht, daß Beklagter hier anerkenne, ursprünglich aus der mit Haas getroffenen Verabredung verbindlich gewesen zu sein, so wird dieß auch jetzt noch von dem Beklagten gar nicht geläugnet. Er behauptet nicht: die Verhandlungen mit Haas seien ohne alles juristische Resultat geblieben, sondern gibt zu, seinerseits durch dieselben, wenn auch nur unter der Voraussetzung einer innerhalb der verabredeten Frist hinzutretenden Bestätigung des Klägers, gebunden, also namentlich zum unmotivirten einseitigen Rücktritte nicht berechtigt gewesen zu sein.

2) Das Stadtgericht sieht — in Uebereinstimmung mit der vorstehenden Ausführung — die von dem Beklagten behauptete Verabredung einer Bestätigungsfrist als einen ursprünglichen Bestandtheil des zwischen Haas und dem Beklagten getroffenen Uebereinkommens an, erachtet aber den Letzteren deßhalb für beweispflichtig, weil derselbe unzweifelhaft den Haas als Beauftragten des Klägers betrachtet habe und daher die vorbehaltene Genehmigung des Klägers nicht als ein essentiale des Handels, sondern nur als eine Modification des an sich rechtsgültig abgeschlossenen Vertrages erscheine. Es konnte jedoch auch dieser Auffassung und der daraus gezogenen rechtlichen Consequenz nicht beigepflichtet werden.

Wenn Beklagter — wie er dieß behauptet — den Haas, ehe er mit demselben abschloß, nach seiner Vollmacht gefragt und

gerade deßhalb, weil derselbe eine solche nicht vorzeigen konnte, sich die Bestätigung des Abkommens durch den Kläger innerhalb einer alsbald festgesetzten Frist ausbedungen hat, so hat er den Haas zwar nicht schlechthin als Mandatar des Klägers zurückgewiesen; er hat ihn aber eben so wenig als solchen anerkannt; vielmehr ist er im Zweifel darüber gewesen, ob derselbe zu der zwischen ihnen getroffenen Beredung vom Kläger Auftrag habe oder nicht, und hat sich allerdings für den Fall, aber auch nur für den Fall, daß ihm dieser Zweifel durch die persönliche Erklärung des Klägers bis zum 8. April werde benommen werden, zu der mit Haas besprochenen Leistung verpflichten wollen und verpflichtet.

Es kann für die Frage nach der Beweislast dahin gestellt bleiben, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkt dieser Sachverhalt zu bringen sei, ob man darin einen suspensiv bedingten Handel oder einen Vertragsabschluß mit Vorbehalt zu Gunsten des Käufers oder endlich ein bloßes pactum de contrahendo zu finden haben würde. Immer bildet — nach der beklagtischen Darstellung — die wegen Bestätigung des Handels durch den Kläger getroffene Abrede ein mit den übrigen zwischen Haas und dem Beklagten festgestellten Bestimmungen des Vertrags verflochtenes, nicht von diesen zu trennendes Ganzes, und dieses Ganze erscheint — da, wenn die Sache sich so verhält, wie Beklagter angibt, durch die zwischen diesem und Haas getroffene Verabredung ein klagbares Kaufgeschäft noch nicht zu Stande gekommen ist — als ein der klägerischen Sachdarstellung entgegengesetztes Contrarium. Hiernach hat, gemäß der richtigen, vom Ober-Appellationsgerichte auch schon früher befolgten Theorie von der Beweislast beim qualificirten Geständnisse, der Kläger zwar nicht die Nichtexistenz des vom Beklagten angegebenen Zusammenhanges zu beweisen, wohl aber die Existenz und Wahrheit des von ihm selbst positiv behaupteten Sachverhalts und Klaggrundes.

War solchergestalt die Beweislast zunächst auf den Kläger zu übertragen, so fragte es sich

II. noch, ob dem Beklagten — wie er dieß unter 2, seiner Beschwerde verlangt — „der Einredebeweis" vorzubehalten sei, daß der Abschluß und die Gültigkeit des Handels von der Genehmigung des Klägers abhängig gemacht und zur Abgabe der deßfallsigen Er-

klärung der 8. April 1857 als Termin bestimmt worden sei. Es konnte aber — wenn nach der Ausführung unter I. in der Sachdarstellung des Beklagten nur eine Verneinung des Klaggrundes zu finden war — so wenig das einem Zweifel unterliegen, daß dem Beklagten materiell eine derartige Beweisführung nicht abgeschnitten werden durfte, als daß ihm dieselbe nicht in der Form eines Einrede- sondern nur in der eines directen Gegen-Beweises nachzulassen stand.

Bei Aufhebung des appellationsgerichtlichen Erkenntnisses in der Hauptsache mußte auch die Verurtheilung des Beklagten in die Kosten voriger Instanz beseitigt und eine Vergleichung dieser, sowie der Kosten gegenwärtiger Instanz verfügt werden.

174.

Isaac Rothschild aus Windecken, Kläger, Appellat gegen **Joseph Friedenberg**, Beklagten, Appellanten, Fruchthandel betreffend.

Die Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom November 1858 sind den Entscheidungsgründen zur Sache Lichtenstein gegen Friedenberg (Nr. 173) ganz conform.

175.

Dr. von **Lersner**, Kläger gegen **Georg Dreßler** und Ehefrau geb. Krämer, Beklagte, Vertragserfüllung wegen Zehntablösung, jetzt Restitution gegen den Ablauf der Beweisfrist betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 3. Mai 1858.

In Erwägung, daß

1) Kläger in seinen Restitutionsgesuchen vom 16. Februar und 1. März l. J. angibt, daß er die darin benannten fünf Zeugen erst nach der am 10. Februar l. J. stattgehabten Vernehmung des Zeugen S. neu aufgefunden habe, Kläger auch mit seinem Anwalt zur Ausschwörung des Restitutions-Eides bereit ist;

2) die Vorschriften des § 15 der Rathsverordnung vom 22. Juli 1788, welche sich nur auf Restitutionen gegen Endurtheile beziehen, im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung kommen können und die Bescheinigung des Restitutionsgrundes, daß nämlich die Zeugen wirklich erst neuerdings aufgefunden seien, durch den von dem Kläger mit seinem Anwalt abzuleistenden, in sachgemäßer, insbesondere der Vorschrift des § 86 des Reichsdeputationsabschieds von 1600 entsprechenden Weise zu formulirenden Restitutionseid ersetzt wird; — — aus diesen Gründen wird für Recht erkannt:

I. Würden Kläger und sein Sachwalter Herr Dr. G. in der bei Vermeidung der Folgen der Eidesweigerung anberaumten Tagfahrt in öffentlicher Gerichtssitzung eidlich erhärten:

„daß sie erst seit dem 2. Februar l. J. in Erfahrung gebracht, daß die in dem Vortrag vom 16. Februar l. J. benannten vier Zeugen in gegenwärtigem Rechtsstreit Zeugniß ablegen könnten und daß sie erst seit dem 15. Februar l. J. davon Kunde erhalten, daß der in dem Nachtrag vom 1. März

l. J. benannte Zeuge R. in diesem Rechtsstreit Zeugniß ablegen könne," —

so soll die Abhör dieser fünf Zeugen, sowie auch des B. und der sieben Impugnationszeugen, vorbehältlich aller Einreden gegen Person und Aussagen sämmtlicher Zeugen, verfügt und wegen Vernehmung dieser Zeugen das Weitere angeordnet werden. — —

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 23. August 1858.

Auf Appellation des Beklagten.

Kläger und Producent hat seine auf die sogenannte clausula generalis gestützten Restitutionsgesuche gegen den Ablauf der Beweisfrist bei deren Beurtheilung die Vorschriften

§ 15 der Rathsverordnung vom 22. Juli 1788,

welche nur von Restitutionen gegen rechtskräftige Erkenntnisse handelt, allerdings nicht zur Anwendung kommen können,

Vergl. Entscheidungsgründe des Ober-Appellationsgerichts in Sachen Banchero ca. Schneider vom 20. Decbr. 1851,

thatsächlich dadurch zu begründen versucht, daß er zur Rechtfertigung der von ihm bezweckten Nachschiebung von fünf neuen Zeugen anführt, er habe, nachdem der (von ihm benannte einzige) Zeuge S. vernommen war, die Entdeckung gemacht, daß noch einige (die vier hier benannten) Personen existiren, welche über das Beweisthema Zeugniß abzulegen vermögen und noch ein neuer Zeuge habe sich aufgefunden, wovon Kläger bisher keine Kenntniß hatte.

Diese Begründung kann als eine zur Ertheilung der Restitution genügende hinlänglich substantiirte nicht erachtet werden.

Abgesehen davon, daß es bei Anbringung der Gesuche an jeder Bescheinigung des angeblichen Restitutionsgrundes mangelte, wird die erforderliche Angabe solcher speciellen Thatsachen, welche die neue Auffindung der Zeugen und die Schuldlosigkeit des Producenten an deren seitheriger Nichtbenutzung näher zu begründen und einigermaßen wahrscheinlich zu machen geeignet wären, durchaus vermißt.

Der Kläger hatte die speciellen Umstände, unter welchen die Entdeckung stattgefunden, anzugeben.

Nur durch Anführung aller der Thatsachen, welche auf die verspätete Gewinnung der neuen Beweismittel Bezug haben, vermochte die Erheblichkeit der Gesuche überhaupt dargethan, jede Befürchtung einer Subornation beseitigt, jeder Anschein eigener Nachlässigkeit entfernt, endlich die Formulirung durchaus sachgemäßer zur Herstellung genügender Bescheinigung noch erforderter Eide ermöglicht zu werden.

Der Producent war um so mehr mindestens zur nachträglichen Anführung solcher Thatsachen verpflichtet, nachdem die Producten seinen Restitutionsgesuchen Widerspruch entgegensetzt und insbesondere die nachgeschobenen Zeugen als Personen bezeichnet hatten, welche der Producent, als zu ihm in nahem Verhältnisse stehend, bei nur einiger Aufmerksamkeit sofort innerhalb der Beweisfrist hätte benennen können. Statt dessen beschränkt sich seine Gegenerklärung lediglich darauf, die frühere Nichtkenntniß einfach zu wiederholen und jeden Mangel an Aufmerksamkeit in Abrede zu stellen.

Erwägt man noch, daß die fraglichen Zeugen zum größten Theil Niedererlenbach bewohnen und nicht wohl anzunehmen ist, daß solche dem Kläger von Person früher unbekannt waren, daß es sich um eine bei Verhandlung über den Pachtvertrag stipulirte Modalität handelt, wovon der Natur der Sache nach, doch wohl nur einige bei der Verhandlung als Mittelsleute oder Rathgeber zugezogene Personen Wissenschaft haben können, deren man sich leicht entsinnt, wie denn auch vom Kläger eines gemeinschaftlichen Vermittlers Erwähnung geschieht, so gewinnt die Behauptung der Producten, daß der Kläger mindestens sehr nachlässig gehandelt hat, nur an Wahrscheinlichkeit.

Dem Allen nach bedarf es eines näheren Eingehens auf die von dem Producten in dieser Instanz als Gegenbescheinigungsmittel vorgelegten Atteste nicht, um die sofortige Verwerflichkeit der schon formell unbegründeten Restitutionsgesuche und mithin die Unzulässigkeit der erkannten Restitutionseide zu begründen.

Ist hiernach der Hauptbeschwerde der Appellanten stattzugeben, so kann auch sofort über die Kosten des Incidentverfahrens erkannt werden, welche in erster Instanz um so mehr den Kläger treffen müssen, als sogar im Gewährungsfalle der Grundsatz: restitutio fit sumptibus petentis zur Anwendung käme, während der Wechsel der Erkenntnisse die Compensation in dieser Instanz erheischt.

Dem Allen nach wird unter Aufhebung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 3. Mai d. J. zu Recht erkannt:

1) die Restitutionsgesuche des Klägers werden hiermit verworfen.
2) Die Kosten des hierüber in erster Instanz entstandenen Verfahrens hat der Producent zu tragen resp. zu erstatten.
3) Die Kosten dieser Instanz werden gegeneinander verglichen und hat der Appellat dem Appellanten die Hälfte des heutigen Protocollstempels und der Urtheilsgebühr zu erstatten.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 20. November 1858.

Auf Appellation des Klägers.

In Erwägung:

daß die Production neuer Zeugen über einen Beweissatz, welcher bereits Gegenstand einer den Partheien eröffneten Zeugenvernehmung gewesen ist, auch wo sie an sich zulässig sein würde, wegen Besorgniß von Subornationen mindestens voraussetzt, daß der Producent eine schuldlose Behinderung an früherer Denomination der Zeugen begründe und dem entsprechend die Veranlassung zu der nachträglich möglich gewordenen Benennung gehörig substantiire, insoweit daher den Entscheidungsgründen der vorigen Instanz beigepflichtet werden muß,

daß aber überdieß, sobald es sich um den Beweis der nämlichen Thatsache handelt, das gemeinrechtliche Verbot einer abermaligen Zeugenproduction der richtigeren, vom Ober-Appellationsgerichte wiederholt befolgten Ansicht nach, auch dann keine Ausnahme erleidet, wenn die Abhörung neu aufgefundener Zeugen im Wege der Restitution beantragt wird, ein Satz, welcher in Frankfurt durch die wegen der restitutio contra rem judicatam getroffene Bestimmung der Provocations-Ordnung vom 22. Juli 1788, § 15 A. 1, seinem Grunde nach eine Bestätigung gefunden hat;

daß auch der in dem Präjudicat

Schneider ca. Banchero Erben, December 1851

erwähnte Zweifel, ob dieses Verbot seit dem Gesetze über Zeugenvernehmungen vom 23. Mai 1848 (§ 2, 5, 10) als fortdauernd gültig anzuerkennen sei, nicht für begründet erachtet werden kann, da in diesem Gesetze zwar den Partheien gestattet wird, schon dem Zeugenverhöre selbst beizuwohnen, damit aber nur die Vernehmung und die Zeugniß-Eröffnung in einen Zeitpunkt zusammengerückt sind, ohne daß deßhalb der Grund des Verbotes hinwegfallen oder an der Wirkung der den Partheien zu Theil gewordenen Kenntniß der Zeugen-Aussagen etwas geändert worden wäre, eine solche Aenderung namentlich auch nicht in der Aufhebung des Titels 36 Thl. I. der Reformation zu finden ist, weil dieser Titel nicht etwa das gedachte Verbot selbst enthält, sondern lediglich der damaligen Anknüpfung desselben an die Publikation des Zeugen-Rotuls entsprechend, das Verfahren für diese, nunmehr entbehrlich gewordene Prozeßhandlung regulirt, vielmehr die Vorschrift im § 9 des Gesetzes, wonach ein directer Gegenbeweis, soweit er durch Zeugen geführt werden soll, bei Vermeidung des von selbst eintretenden Verlustes dieses Beweismittels vor Vernehmung der Hauptzeugen angetreten werden muß, unverkennbar nur aus der vorausgesetzten Fortdauer des Verbotes erklärt werden kann,

daß in vorliegender Sache die nachgetragenen Zeugen nur zu dem Beweisthema angegeben sind, worüber auch der Zeuge S. in Gegenwart des Klägers vernommen worden war, es sich also um dieselbe Thatsache handelt und die beiläufige Hindeutung des Klägers in jetziger Instanz, die Zeugen würden vielleicht auch über neuerliche (außergerichtliche) Aeußerungen der Beklagten etwas aussagen können, schon ihrer Unbestimmtheit wegen nicht in Betracht kommen kann,

daß hiernach nicht bloß die erste, sondern folgeweise auch die zweite und dritte Beschwerde des Klägers sich als unbegründet darstellen und es einer weiteren Verhandlung nicht bedarf,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 23. August d. J., wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten dieser Instanz zu bestätigen sei.

176.

A. E. Althenn, geb. Kahl, Kinder zu Massenheim, Kläger, Appellaten gegen **Eleonore Kahl,** geb. Zickwolf, Beklagte, Appellantin, Ungültigkeit eines Testaments, jetzt Restitution betreffend.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 20. November 1858.

Werden den Partheien die von der einen oder andern Seite überreichten Eingaben, das klägerische Restitutionsgesuch mit angehängter Vernehmlassung und Adhäsionsbeschwerde nebst Anlage 1 und 2 und die beklagtische Vorstellung und Bitte abschriftlich mitgetheilt, und da aus den übereinstimmenden beiderseitigen Angaben zur Genüge und ohne daß es einer weiteren Bewahrheitung bedürfte, hervorgeht, daß der am 29. September hieselbst überreichte Contumatial-Antrag des beklagtischen Procurators Dr. Faber nur durch ein Versehen dieses Letzteren und gegen die zwischen den Anwälten der Partheien getroffene und auch dem Procurator Dr. Faber kund gemachte Vereinbarung, daß die Kläger auf unbestimmte Zeit mit der Beibringung ihrer Vernehmlassung befristet werden sollten, gestellt worden ist; da es unter diesen Umständen keinem Zweifel unterliegen kann, daß eine justa causa restitutionis vorhanden ist, wie denn auch eine Cession der Kläger in dem ihnen versagten Gehör vorliegt.

Da, die Kosten dieses Restitutionsverfahrens anlangend, die Kläger, als Restitutionsuchende, dieselben — wenigstens zunächst — zu tragen haben, ohne daß, da in dieser Richtung kein Antrag vorliegt, darüber hier zu entscheiden wäre, ob die Kläger wegen jener Kosten den Procurator Dr. Faber verantwortlich machen können, wegen welches Punktes ihnen übrigens Nichts abgesprochen wird;

so erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß die Kläger, unter Verurtheilung in die Kosten des Restitutionsverfahrens, gegen die im Decrete vom 30. September ausgesprochene Präclusion und gegen die Verurtheilung in die Contumatialkosten in den vorigen Stand zurück zu versetzen und demzufolge mit der nunmehr beigebrachten Vernehmlassung und Adhäsionsbeschwerde zuzulassen, die Beklagte aber sich über die Letztere, jedoch mit Beschränkung ihres Vortrages, darauf innerhalb vier Wochen bei Vermeidung des Ausschlusses zu erklären schuldig sei.

177.

Carl Borgnis, Kläger gegen die **Frankfurter Gasbereitungsgesellschaft**, Beklagte, Brunnen-Verpestung betr.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.
vom 30. April 1858.

In Erwägung, daß

1) Beklagte wegen etwaiger Belästigungen, Unannehmlichkeiten und Mißständnisse, welche den Nachbarn durch die Gasfabrikation im Allgemeinen erwachsen, an und für sich nicht verantwortlich ist, da ihr die Gasbereitung von Seiten der betreffenden Behörde gestattet wurde, sie sich also in der Ausübung ihres Rechtes befindet, wohl aber

2) Beklagte diejenigen Schäden zu vertreten und dafür einzustehen hat, welche durch fehlerhafte Einrichtungen bei der Gasbereitung entstehen sollten, daher sie im vorliegenden Falle wegen des Verderbs und der Unbrauchbarkeit des klägerischen Brunnens nur insoferne in Anspruch genommen werden könnte, als dieser Verderb durch fehlerhafte oder mangelhafte Einrichtungen in der Gasfabrik herbeigeführt sein sollte, in dieser Hinsicht nun

3) Kläger die Gasbehälter der Beklagten, insbesondere den zuletzt erbauten, als nicht gehörig wasserdicht gemauert, bezeichnet, so daß das darin befindliche, mit Gas geschwängerte Wasser durchsickere, in den Brunnen des Klägers gelange und dessen Wasser dadurch für jeden Zweck unbrauchbar mache;

4) Beklagter dagegen dieser thatsächlichen Begründung nach jeder Richtung hin widerspricht und vielmehr als Ursachen der angeblichen Unbrauchbarkeit des klägerischen Brunnens die Beschaffenheit des Bodens als Moorbodens, die Alimentirung dieses Brunnens durch Tagwasser, welches insbesondere durch die in der ganzen dortigen Gegend nöthigen Senklöcher in seiner Brauchbarkeit beeinträchtigt

werde, sowie die Mangelhaftigkeit der von Kläger beim Graben des Brunnens getroffenen Einrichtungen entgegengesetzt und außerdem hervorhebt, daß zu der Zeit, in welcher das Wasser des Brunnens sich zu verschlechtern angefangen haben solle, im Juli 1857, in dem neuen Gasbehälter sich noch gar kein Gas befunden habe, solches vielmehr erst Ende August 1857 eingelassen worden sei; hiernach

5) dem Kläger der Beweis seines unter 3 gedachten Klaggrundes aufzuerlegen ist, ihm jedoch die Mitbenutzung der dazu dienlichen, in den Acten etwa schon enthaltenen, Momente anheimgegeben bleibt;

6) die angesprochenen Entschädigungen selbst anlangend, bei dem Widerspruche der Beklagten Kläger auch hier den erforderlichen Nachweis zu erbringen hat, indem was insbesondere den von Kläger jedoch nur eventuell beanspruchten Minderwerth seiner Behausung betrifft, zu befinden ist, daß, wenn auch das Vorhandensein eines Brunnens in einer Behausung nicht zu deren wesentlichen Erfordernissen gehört, doch eine höchst nützliche Annehmlichkeit bildet und den Werth eines Hauses erhöht, es daher keinem gegründeten Zweifel unterliegen kann, daß Beklagte, falls sie durch fehlerhafte Einrichtungen ihres Geschäftsbetriebs, also culpos, dem Kläger jene Annehmlichkeit vernichten oder beeinträchtigen würde, für den dem Kläger hinsichtlich seiner Behausung deßfalls erwachsenden Minderwerth derselben einzustehen hat, wird zu Recht erkannt:

1) Kläger Borgnis hat binnen 14 Tagen nachfolgende Beweise zu erbringen:

A. „daß die Wasserbecken der Gasbehälter der Beklagten, insbesondere das Wasserbecken des zuletzt erbauten Gasbehälters, so undicht und unsolid gemauert seien, daß sie mit Gas geschwängertes Wasser durchlassen und dieses Wasser sich dem Brunnen des Klägers mitgetheilt habe"

B. „daß hierdurch das Wasser in dem Brunnen des Klägers, sowohl für die Küche als zum Trinken und Waschen und sonstigen häuslichen Gebrauch, sowie wegen seines abscheulichen Geruches selbst zum Gießen und Putzen unbrauchbar geworden sei"

C. „daß sein, Klägers, täglicher Bedarf an Wasser für die Küche, für Trink- und Waschwasser und für die Reservoirs

der Inodores eine halbe bis dreiviertel Ohm und für die wöchentlichen kleinen Wäschereien jedesmal etwa zwei Ohm betrage und der betreffende Brunnen diesen Bedarf sowohl, als den Bedarf für Gießen und Putzen ausgeben könne"

D. „daß ihm das durch die jenseits veranlaßte Unbrauchbarkeit des Wassers seines Brunnens nöthig gewordene Herbeischaffen des unter C. gedachten Wasserbedarfs seit 1. October 1857 einen Kostenaufwand von täglich 40 kr. oder wieviel weniger veranlaßt habe"

E. eventuell

„daß durch die Unbrauchbarkeit des Wassers seines Brunnens seine Behausung Nr. 8 am Taunusplatz einen Minderwerth von 6000 fl. oder wieviel weniger erleide." —

2) Der Beklagten bleibt der Gegenbeweis im Allgemeinen und insbesondere auch die gegenbeweisliche Mitbenutzung der von ihr angeführten, unter 4. obgedachten, sowie sonstiger in den Acten enthaltenen, dazu dienlichen Thatsachen und ebenso dem Kläger die Mitbenutzung der in [3] und [10] enthaltenen Momente, soweit er damit auszulangen gedenket, vorbehalten.

3) Soll je nach Führung dieser Beweise oder Gegenbeweise in der Sache selbst und der Kosten wegen weiter ergehen, was Rechtens.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 6. August 1858.

Auf Appellation des Klägers.

Nach Inhalt der Klageschrift und der Replik ist eine Negatorienklage angestellt, gestützt auf die Behauptung:

der klägerische Brunnen auf dem Grundstücke Nr. 8 am Taunusplatze sei durch Eindringen von Leuchtgas aus der benachbarten Gasfabrik der Beklagten inficirt und gänzlich unbrauchbar geworden,

und gerichtet auf Abstellung dieses Mißstandes und resp. Schadensersatz.

Dieser Klagegrund ist vom Kläger an den angeführten Stellen

der Voracten thatsächlich hinreichend begründet und als rechtlich zulässig zu erachten. Die in

L. 8 § 5, 6, 7 D. si seroitus vindicetur 8, 5

aufgezeichneten Entscheidungen über die Berechtigung des Eigenthümers von den Nachbargrundstücken eindringenden Rauch und Dampf mittelst der actio negatoria abzuwehren, worauf sich der Kläger berufen hat, beruhen auf dem in

§ 5 l. c.

ausgesprochenen Grundsatze

in suo alii hactenus facere licet quatenus nihil in alium immittat,

stellen sich mithin als einzelne Anwendungen der allgemeinen aus der Natur des Eigenthums fließenden Rechtsregel dar, wonach:

der Gebrauch eines Grundstücks dadurch beschränkt ist, daß jeder bleibenden außergewöhnlichen Benutzung desselben, welche auf eine gewöhnliche Benutzung eines Nachbargrundstücks durch Eindringen körperlicher Gegenstände (Immissien) nachtheilig einwirkt, das mittelst der actio negatoria zu verfolgende Widerspruchsrecht der Nachbarn als Eigenthümer des belästigten Grundstücks gegenübersteht.

Siehe Spangenberg im Archiv für civil. Praxis IX. Bd. S. 268 flg.

Guyet, ebenda XVII. S. 36 flg.

Seuffert, Pandekten, § 95.

Sintenis, Civilrecht, I. Bd. S. 476, sowie die Entscheidungen in

Seuffert, Archiv, III. Bd. Nr. 7, VIII. Bd. Nr. 346.

und soviel insbesondere die immissio fumi betrifft, die

Entscheidungen des Lübecker Ober-Appellationsgerichts in zwei Bremer Rechtssachen de anno 1840 und 1853 abgedruckt in

Seuffert's Archiv IX. Bd. Nr. 218.

— — XI. „ „ 114.

daß nun im Sinne der allegirten Gesetze der Betrieb einer Gasfabrik als eine außergewöhnliche Benutzungsweise und das eindringende Leuchtgas als res corporalis (wie Rauch und Dampf) zu erachten

ist, wird ebenso wenig bezweifelt werden können, als daß die Benutzung des eigenen Terrains zur Herstellung eines Brunnens hier Orts zu der regelmäßigen und gewöhnlichen Benutzung des Eigenthums gehört.

Die Anwendung jenes Rechtssatzes auf den vorliegenden Fall kann hiernach, den Nachweis der schädlichen Immission vorausgesetzt, einem gegründeten Bedenken nicht unterliegen. Denn die der Beklagten von der obersten Regierungsbehörde zur Errichtung und zum Betriebe ihrer Gasfabrik ertheilte Concession vermag die civilrechtlichen Verhältnisse der Nachbarn gegen einander nicht zu alteriren, und wenn auch unbestreitbar den Nachbarn lediglich gegen Unannehmlichkeiten und Belästigungen, welche aus dem Betriebe eines gesetzlich erlaubten oder concessionirten Gewerbes entspringen, ein civilrechtlicher Einspruch nicht gebührt, so kann doch die Infection eines Brunnens nicht als einfache zu duldende Unannehmlichkeit, sondern muß als wahre, dem Verbietungsrechte des Eigenthümers unterliegende, nachtheilige Immission qualificirt werden.

Siehe Spangenberg l. c. S. 271 und 272.

Seuffert's Archiv VIII. Bd. Nr. 346.

Die Behauptung eines besonderen Verschuldens der Beklagten, nachlässiger, mißbräuchlicher Einrichtungen der Gasfabrik aber gehört nicht nothwendig zum Klagfundamente der hier erhobenen Klage.

Dem oben aufgestellten Rechtssatze nach genügt vielmehr die Behauptung der Immission von Leuchtgas als Folge der Gasbereitung auf dem Nachbargrundstücke und erscheint es gleichgültig: ob diese Immision die Wirkung nachlässiger Einrichtungen oder natürlicher Verhältnisse ist.

Siehe die angeführten Entscheidungen in

Seuffert's Archiv IX. Bd. Nr. 218 sub I.

— — XI. „ „ 114.

Wenn der Kläger gleichwohl die specielleren Ursachen der Immission behufs möglicher Abhülfe zu ermitteln und sogar eine mangelhafte Construction des Gasbehälters als solche zu bezeichnen versucht hat, so sind seine deßfallsigen Angaben doch nur unter Verwahrung erfolgt und wurde von ihm jede Pflicht specielles Verschulden, besondere nachlässige Einrichtungen der Beklagten zu behaupten und zu

erweisen, wiederholt ausdrücklich abgelehnt. Hiernach erscheint eine Beschwerde des Klägers insoweit begründet, als die auf den Motiven 1 bis 3 des stadtgerichtlichen Urtheils beruhende Beweisauflage unter 1 A. der eventuellen Beschwerde gemäß abzuändern, lediglich auf das Factum der Immission zu richten ist.

Aus diesen Gründen wird:

1) das stadtgerichtliche Interlocut vom 30. April d. J. dahin abgeändert, daß der Beweis unter 1 A. daselbst wegzufallen und an dessen Stelle der folgende Beweissatz zu treten hat:

A. daß der Brunnen des Klägers in dessen Behausung Nr. 8 am Taunusplatze Leuchtgas enthalte, welches in Folge der Gasbereitung auf dem Grundstücke der Beklagten aus diesem in den fraglichen Brunnen eindringt.

2) Die Kosten dieser Instanz werden gegeneinander aufgehoben und hat Appellatin dem Appellanten die Hälfte der Stempelgebühr des heutigen Protocolls und des Urtheils zu ersetzen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 25. November 1858.

Auf Appellation des Beklagten.

Da die in den Entscheidungsgründen voriger Instanz ausgeführte Ansicht vom Ober-Appellationsgerichte schon mehrfachen Entscheidungen zu Grunde gelegt worden, die Beklagte aber in ihrem Appellationslibell auf eine rechtliche Widerlegung derselben nicht näher eingegangen ist;

da der Umstand, daß der Kläger sich auf dem hier in Frage stehenden Platz erst angebaut hat, als die benachbarte Gasfabrik schon längst bestand, für sich allein nicht geeignet sein kann, eine Schmälerung der aus seinem Eigenthum fließenden Befugnisse zu begründen;

da der Eigenthümer gegen die Immission schädlicher Stoffe aus einem benachbarten Grundstücke, sofern sie durch eine bleibende, außergewöhnliche Benutzungsart der Letzteren — wie sie hier unzweifelhaft vorliegt — veranlaßt wird, nicht bloß dann ein Widerspruchsrecht hat, wenn ihm die Stoffe durch besonders deßhalb angelegte oder

dazu geeignete Einrichtungen zugeleitet, sondern auch, wenn sie ihm ohne künstlich vermittelnde Anlagen durch die regelmäßige Wirkung der Naturgesetze zugeführt werden,

vergl. l. 19 pr. D. de servit. praed. urban (8, 2)
l. 17 § 2 D. si servit. vind (8, 5)

hieraus aber folgt, daß, wenn der Kläger nur überhaupt zu beweisen vermag, daß sein Brunnen Leuchtgas enthalte, welches in Folge der Gasbereitung auf dem Grundstück der Beklagten aus diesem in den Brunnen eindringt, es nicht weiter darauf ankommen kann, ob das Eindringen des Gases durch fehlerhafte Beschaffenheit der Fabrikanstalten oder durch die natürliche Verbreitung des Gases, z. B. durch damit inficirtes, in den Brunnen des Klägers abfließendes Wasser, verursacht werde;

da eben deßhalb auch die Hinweisung der Beklagten auf die zur Beseitigung des Schmutzwassers von ihm benutzten Senklöcher sich als unerheblich darstellt;

da hiernach sowohl die erste Beschwerde in ihrem principalen, wie in ihrem eventuellen Theile, als auch folgeweise die zweite Beschwerde für unbegründet zu erachten ist und es einer weiteren Verhandlung nicht bedarf,

so erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 6. August d. J., wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten dieser Instanz zu bestätigen sei.

178.

Johann Conrad Hildebrand, Kläger, Appellant gegen **Abraham Joseph Strauß,** Beklagten, Appellaten, Entschädigungsforderung, jetzt geführte Beweise betreffend. *)

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. November 1858.

Soviel

1) die Hauptsache betrifft, so ist die vorliegende Klage in beiden vorigen Instanzen gänzlich abgewiesen worden, wiewohl aus verschiedenen Gründen, indem von den beiden im Stadtgerichts-Erkenntniß vom 12. März 1851 dem Kläger auferlegten, copulativ zu führenden Beweisen unter 3 und 4 das Stadtgericht den vierten, das Appellationsgericht dagegen den dritten für gänzlich verfehlt erachtet hat. **) Eine Bestätigung dieser Entscheidung konnte jedoch nicht erfolgen.

---

*) Siehe auch Band II. Seite 204 flg. dieser Sammlung.

**) Die Beweissätze lauten: Kläger hat binnen 14tägiger Frist, vorbehältlich des Gegenbeweises, rechtsgenügend zu beweisen:

1) daß durch das zur Zeit eines von dem Beklagten unternommenen Anbaues erfolgte Weichen der gemeinschaftlichen Brandmauer nach des Beklagten Seite die Wände im Hause des Klägers und wie beschädigt worden, und daß hierdurch an den Feuerrechten und wo sonst Sprünge erzeugt worden seien;

2) daß durch das Senken der gemeinschaftlichen Brandmauer und der klägerischen Behausung bei Gelegenheit des von dem Beklagten errichteten Neubaues Sprünge durch das ganze klägerische Haus, Zerbrechen der Fensterbänke und Fenstersturzen erfolgt, Thüren und Fenster aus der Richtung gekommen und nicht mehr zu öffnen oder zu schließen gewesen;

3) daß die Beschädigungen des klägerischen Hauses unter 1 und 2 Folge des unterbliebenen Sprießens des klägerischen Hauses gewesen;

4) daß Beklagter auf seinen bei dem Bauamte eingereichten Rissen angegeben

Was nämlich

A. die gedachten Beweise des Klägers betrifft und zwar zunächst den sub 4, welcher ihm dahin auferlegt ist:

daß Beklagter auf seinem bei dem Bauamte eingereichten Risse angegeben habe, daß die neuen Fundamente nur 2 Fuß tiefer als sein Kellerplattenboden werden sollten,

so ist

a) in den Entscheidungsgründen der vorigen Urtheilsverfasser so klar ausgeführt, daß dieser Beweis durch die Gutachten der darüber vernommenen Sachverständigen zwar nicht geführt, aber doch keineswegs, wie vom Stadtgerichte angenommen worden, für gänzlich verfehlt zu achten sei, daß dieß einer näheren Begründung nicht bedarf.

In eben dem Maaße gilt dieß

b) von der Ausführung zum vorigen Urtheil, daß der versuchte direkte Gegenbeweis des Beklagten und der damit in Verbindung stehende Beweis der dem Beklagten nachgelassenen ersten Beweisalternative,

daß die auf dem Grundrisse des Kellers angedeuteten Pfeiler die Unterfahrung der gemeinschaftlichen Brandmauer bedingt haben,

gänzlich verfehlt sei, indem, was namentlich diesen letzteren Beweis betrifft, die Sachverständigen die auf denselben sich beziehenden, ihnen nach dem Stadtgerichts-Urtheile vom 5. October 1853 sub 3b vorgelegten Fragen einstimmig verneint haben, daher auch bei diesem

---

habe, daß die neuen Fundamente nur 2 Fuß tiefer als sein Kellerplattenboden werden sollten.

Dem Beklagten ist binnen gleicher Frist salva reprobatione der Einredebeweis dahin nachgelassen,

daß die auf dem Grundrisse des Kellers angedeuteten Pfeiler die Unterfahrung der gemeinschaftlichen Brandmauer bedingt haben, oder

daß Kläger bei Vorlegung der Risse erklärt habe, daß er an den Kosten des Unterfahrens der Brandmauer nicht Theil nehme, oder

daß Kläger vor den eingetretenen Beschädigungen durch seinen Sohn oder Schwiegersohn von dem Ausgraben und Aufmauern der Fundamente Einsicht genommen oder von deren Tiefe sonstige Kenntniß gehabt habe.

überdieß rein technischen Punkte von dem eventualiter deferirten Eide keine Rede sein kann.

Allein

2) auch der Beweis des Klägers sub 3 konnte, wenn gleich ebenfalls nicht für geführt, doch auch keineswegs mit den vorigen Urtheilverfassern für gänzlich verfehlt erachtet werden.

Der Einwand des Beklagten, welcher der fraglichen Beweisauflage zum Grunde liegt, ging dahin, daß das Setzen der Brandmauer lediglich Folge ihrer schlechten Fundamentirung auf nicht gewachsenem Boden und der bei Ausgrabung der tieferen Fundamente stattgefundenen Entspülung des in dem Boden befindlich gewesenen Wassers, somit vom Sprießen oder Nichtsprießen unabhängig, ein eigentlicher casus sei.

Wenn daher dem Kläger im Stadtgerichts-Erkenntniß vom 12. März 1851 neben den Beweisen unter 1 und 2, daß die dort näher angegebenen Beschädigungen seines Hauses durch Weichen und Setzen der gemeinschaftlichen Brandmauer in Veranlassung des Anbaues, beziehungsweise des Neubaues des Beklagten, entstanden seien, auch der jetzt in Frage stehende Beweis auferlegt ist,

> daß die Beschädigungen seines Hauses unter 1 und 2 Folge des unterbliebenen Sprießens des klägerischen Hauses gewesen seien,

so ist es klar, daß, wenn die Beweise unter 1 und 2 geführt sind, also dargethan ist, daß die sämmtlichen Beschädigungen unmittelbare Folge des Weichens und Senkens der Brandmauer gewesen sind, die damit im engsten Zusammenhange stehende Beweisauflage sub 3 den Kläger nur noch nöthigt, nachzuweisen, daß das Weichen resp. Setzen der gemeinschaftlichen Brandmauer durch Sprießen des klägerischen Hauses hätte verhindert werden können.

Nun ist in dem Stadtgerichts-Urtheil vom 22. März 1854 freilich den Sachverständigen der Fassung des Beweissatzes entsprechend, zur Begutachtung verstellt worden, ob die dort näher bezeichneten Beschädigungen des klägerischen Hauses sämmtlich oder welche einzelne derselben Folge des unterbliebenen Sprießens des klägerischen Hauses gewesen seien u. s. w., und daher haben die vorigen Urtheilsverfasser angenommen, daß, da durch das Gutachten der Sachverstän-

digen für keine einzige der Beschädigungen festgestellt oder auch nur wahrscheinlich gemacht sei, daß sie durch gehöriges Sprießen würde haben abgewendet werden können, das Factum, ohne welches von einem Schadensersatze für irgend eine dieser Beschädigungen keine Rede sein könne, nicht erwiesen sei.

Allein hiegegen kommt Folgendes in Betracht:

1) die Sachverständigen stellen in ihrem Gutachten den allgemeinen Ausspruch voran, daß, wenn in nächster Nähe eines Hauses, selbst eines solchen, dessen Fundamente nicht auf gewachsenem Boden stehen, Neubauten fundirt werden, durch sorgfältiges Abspriessen aller Theile eines solchen Hauses — — — ein großer Theil der Beschädigungen verhütet werden könne, erklären also damit den obigen Einwand des Beklagten, welcher die Beweisauflage veranlaßt hatte, im Allgemeinen für unbegründet. Indem sie sodann zur Anwendung dieses allgemeinen Satzes auf den concreten Fall übergehen, erklären sie, daß die geschilderte Beschaffenheit der Brandmauer des klägerischen Hauses in Beziehung auf die ihnen vorgelegte Frage völlig indifferent sei, und geben als alleinigen Grund, warum sie hier nicht beurtheilen könnten, welche oder der wievielte Theil der Beschädigungen durch sorgfältiges Abspriessen aller Theile des Hauses hätten verhütet werden können, lediglich den an, daß sie das Haus des Klägers vor den Senkungen nicht besichtigt haben. Dieser Grund kann nicht der sein, daß sie die Beschaffenheit des Hauses in Beziehung auf die Festigkeit seiner Bauart nicht vorher gekannt hätten, denn die Acten enthalten nichts, was sie zu der Annahme hätte berechtigen können, das Haus habe nach den Senkungen in dieser Beziehung eine andere Beschaffenheit erhalten. Sie können also damit nur sagen wollen, weil sie das Haus vor dem Weichen und Senken der Brandmauer nicht besichtigt hätten, so wüßten sie nicht, welche der fraglichen Schäden, noch auch zum wievielten Theile dieselben schon vorher existirt hätten, und sie begründen die Möglichkeit einer solchen früheren Existenz derselben besonders noch durch den Ausspruch, daß ein nicht ganz auf gewachsenem Boden stehendes Gebäude in einzelnen Theilen mit der Zeit schadhaft werde, selbst wenn in unmittelbarer Nähe desselben Neubauten nicht fundirt werden, was — wollen sie sagen — möglicher Weise auch bei dem des Klägers eingetreten gewesen sein

könne. Nach dieser Art, wie die Sachverständigen ihr Urtheil begründet haben, muß man also annehmen, es gehe ihre Meinung dahin, daß wenn und insofern von den Beschädigungen des klägerischen Hauses feststehe, daß sie durch das Abweichen resp. Senken der Brandmauer verursacht seien, diese durch gehöriges Absprießen hätten abgewendet werden können, daß sie mithin in ihrem Gutachten gar nicht von der Basis ausgegangen sind, welche, nachdem die klägerischen Beweise 1 und 2 rechtskräftig für vollständig geführt erkannt worden, dahin feststeht, daß die sub. I. — V. des Stadtgerichts-Erkenntnisses vom 22. März 1854 näher angegebenen Beschädigungen wirklich nur durch das Weichen resp. Senken der Brandmauer entstanden sind, welche Basis sich denn auch in der That aus der Fassung der ihnen zur Begutachtung vorgelegten Frage nicht klar ersehen ließ.

Man kann auch nicht etwa einwenden, daß die Sachverständigen in ihrem ersten allgemeinen Ausspruche doch nur erklärt haben, durch gehöriges Absprießen könne in einem Falle, wie der vorliegende, ein großer Theil der Beschädigungen des abgesprießten Hauses verhütet werden. Denn obgleich es in dem Beweissatze nicht heißt, daß und welche Beschädigungen des klägerischen Hauses Folge des unterbliebenen Sprießens desselben gewesen seien, so ist doch die ihnen gestellte Frage darauf gerichtet gewesen, und versteht es sich auch von selbst, daß durch die obige Fassung des Beweises eine theilweise Führung desselben nicht hat ausgeschlossen werden sollen. Ebensowenig aber läßt sich mit Sicherheit annehmen, daß wenn den Sachverständigen die ihnen gestellte Aufgabe völlig klar gewesen wäre, sie nicht im Stande gewesen sein würden, sich bestimmter darüber zu erklären, welche der eingetretenen Beschädigungen durch gehöriges Sprießen hätten abgewendet werden können.

Sodann aber

2) kommt in dieser Beziehung in Erwägung, daß die Klage nicht bloß gerichtet ist auf Entschädigung für die nothwendig gewordene Reparatur der einzelnen dem Hause des Klägers zugefügten Beschädigungen, sondern auch auf Ersatz des Miethzinses, den der Kläger dadurch verloren hat, daß in Folge der durch den Neubau entstandenen Beschädigungen seines Hauses die Miethsleute veranlaßt worden sind, dasselbe zu räumen, und es steht durch das Erkenntniß

des Ober-Appellationsgerichts vom 11. October 1855 rechtskräftig fest, daß die Hauptbeschädigungen des Hauses, welche den Gegenstand des zweiten Beweissatzes bilden, wirklich in Folge des Senkens der Brandmauer, also des Neubaues, entstanden sind. Nun sind aber gerade die Haupteinwirkungen des Senkens der Brandmauer, in Folge welcher die äußeren und inneren Wände gerissen, die Fenster und Thüren nicht mehr haben geschlossen werden können, ohne Zweifel einerseits gerade diejenigen, welche die Miethsleute genöthigt haben werden auszuziehen und andererseits diejenigen, welche durch gehöriges Sprießen hätten abgewendet werden können. Sollten daher die Sachverständigen auch nur sich dahin aussprechen, daß diese bedeutenderen Beschädigungen bis zu dem Grade, wodurch das Haus unbewohnbar geworden, durch Absprießen hätten abgewendet werden können, so würde selbst dann, wenn sie meinen sollten, daß geringere Beschädigungen auch trotz des Absprießens eingetreten sein würden, immer genug erwiesen sein um, falls Kläger den ihm vom Ober-Appellationsgerichte in gedachtem Erkenntnisse eventualiter auferlegten Beweis führen sollte, den Anspruch wegen des ihm entgangenen Miethzinses als begründet erscheinen zu lassen.

Steht es nun mit dem angetretenen Sachverständigen-Beweis der beiden klägerischen Beweise so, wie bisher ausgeführt worden, und kann sonach eine Abweisung der Klage, wegen Verfehlens derselben, noch nicht erfolgen, so fragt es sich:

B. ob etwa die dem Beklagten alternativ nachgelassenen Einrede-Beweise, mit Ausnahme des ersten bereits oben sub. A. 1 als verfehlt bezeichneten, geführt seien.

Nun liegt aber

1) die Nichtführung des zweiten Beweises, welcher dahin geht, daß Kläger bei Vorlegung der Risse erklärt habe, daß er an den Kosten des Unterfahrens der Brandmauer nicht Theil nehme,

klar vor, da der, nach Verwerfung des Zeugen J. G. Kayser, allein noch übrig gebliebene Zeuge Brofft deponirt hat, daß er davon nichts wisse.

Anlangend aber

2) den dritten Beweis, welcher nach den Erkenntnissen des

Stadtgerichts vom 12. März 1851 und des Ober-Appellationsgerichts vom 22. November 1852 dahin zu führen war:

> daß der Sohn oder Schwiegersohn des Klägers vor den eingetretenen Beschädigungen Einsicht von dem Ausgraben der Fundamente genommen habe und daß dieses im Auftrag des Klägers geschehen oder demselben darüber berichtet sei, oder daß Letzterer vor den eingetretenen Beschädigungen von der Tiefe der Fundamente sonstige Kenntniß gehabt habe,

so haben von den zugelassenen fünf Zeugen drei, nämlich die Zeugen Brofft, Hendrich und Mack nichts davon zu wissen erklärt und die übrigen beiden Zeugen Walluf und Sipf nicht soviel Pertinentes ausgesagt, daß auch nur von Erkennung eines richterlichen Eides die Rede sein kann.

Da hiernach auch für die 2te und 3te Beweisalternative durch die Zeugen nichts erbracht ist, so wird es, falls die Beweise des Klägers demnächst für geführt sollten erklärt werden, lediglich auf die vom Beklagten eventualiter deferirten Eide ankommen, von welchen der die zweite Alternative betreffende vom Kläger bereits pure acceptirt, der über die dritte dagegen in der vom Beklagten vorgenommenen Formulirung in mehrfacher Beziehung beanstandet ist, daher darüber eventualiter demnächst noch vom Stadtgerichte zu erkennen sein wird.

Es fragt sich daher noch

C. von den in Betreff der klägerischen Beweise zu treffenden Verfügungen.

1) Der Kläger hat in dieser Instanz eventualiter zunächst darauf angetragen, ihn zum Suppletorium zuzulassen. Allein abgesehen davon, daß er in voriger Instanz, obgleich er verschiedene eventuelle Beschwerden formirt, doch einen solchen Antrag überall nicht gestellt hat, so erscheint es nach Beschaffenheit der erstatteten Gutachten der Sachverständigen, noch zur Zeit wenigstens, unzuläßig demselben zu deferiren. Dagegen war

2) in Folge der weiteren eventuellen Anträge zwar nicht auf Zulassung zu besserem Beweise, aber doch auf anderweite Begutachtung durch Sachverständige und zwar über beide Beweise 3 und 4 unbedenklich zu erkennen. Daß dieß in einem Falle, wenn Sach-

verständige ohne Schuld des Beweisführers ein ungenügendes Gutachten abgeben, völlig zulässig ist und selbst von Amtswegen verfügt werden kann, leidet keinen Zweifel und ist vom Ober-Appellationsgerichte bereits früher ausdrücklich anerkannt.

Hainer ca. Cüntzer 1839.*)

Ebenso ist sie, wie dieß das Ober-Appellationsgericht ebenfalls schon ausgesprochen hat, gerechtfertigt bei erheblichen Zweifeln gegen die Richtigkeit eines Majoritäts-Gutachtens

Ketskeneet ca. Lemmé Cur. bon. 1857.**)

Beide Fälle liegen hier vor.

Es sind daher neue Sachverständige zur Begutachtung der in Betracht kommenden Fragen zu ernennen und zwar ist

a) den Sachverständigen, soviel die zum 3ten Beweissatz im Stadtgerichts-Erkenntniß vom 22. März 1854 sub. 3 formulirte Frage betrifft, ausdrücklich bemerklich zu machen, wie es bereits rechtskräftig feststehe, daß die sämmtlichen in gedachtem Erkenntnisse unter I. — V. aufgezählten Beschädigungen des klägerischen Hauses durch das Abweichen und besonders durch das spätere Senken der gemeinschaftlichen Brandmauer verursacht sind, und daß es daher nicht ihre Aufgabe sei, jetzt noch den Causalnexus dieser Beschädigungen mit dem Weichen resp. Senken der Mauer zu begutachten, sondern nur inwiefern durch gehöriges rechtzeitiges Absprießen das Abweichen resp. Senken der Mauer und eben dadurch die sämmtlichen oder doch mindestens die im 2ten Beweissatze geschilderten erheblicheren Beschädigungen des klägerischen Hauses hätten abgewendet werden können.

Anlangend aber

b) den 4ten Beweis, so wird sich das zu erstattende neue Gutachten auf die im Stadtgerichts-Erkenntnisse vom 5. October 1853 sub. 3a enthaltene Frage zu beschränken haben, da die auf die erste Beweisalternative des Beklagten sich beziehenden sub. 3b erwähnten Fragen durch das einstimmige Gutachten der Sachverständigen bereits ihre Erledigung gefunden haben. Zu 3a aber werden die neuen Sachverständigen zu veranlassen sein, sich ganz besonders über den

*) Siehe S. 231.

**) Siehe Band III. S. 409 folg.

wesentlichen Punkt bestimmt zu erklären, über welchen die Aussprüche der gegenwärtigen von einander abweichen, ob nämlich auf technisch richtigen Baurissen bei Profilzeichnungen von Fundamenten eine die letzteren unten abschneidende gerade Horizontallinie, wie solche sich auch den vorliegenden, dem Bauamt vorgelegten Zeichnungen findet, im Gegensatz gegen die gebrochene Linie bestimmt andeutet, daß die Fundamente nicht tiefer als die Linie angibt, gelegt werden sollen.

II. Den Kostenpunkt betreffend, so haben sich

1) über die erkannte Compensation der Kosten voriger Instanz beide Theile beschwert und zwar der Beklagte mittelst einer Adhäsionsbeschwerde, deren formelle Zulässigkeit hiernach nicht beanstandet werden kann.

Indessen erscheinen beide Beschwerden unbegründet, und zwar die des Klägers, weil, wenn auch die vorigen Richter zu ungünstig für ihn erkannt haben, er doch deßhalb nicht verlangen kann, daß ihm die Kosten seiner Appellation vom Gegner erstattet werden, dessen eigene allerdings unbegründete Appellation aber dem Kläger nur ganz unerhebliche Kosten verursacht hat; die des Beklagten aber, weil einerseits der Kläger mit vollem Rechte gegen die Entscheidung des Stadtgerichts appellirt hat und andererseits die Appellation des Beklagten, wie bereits bemerkt, eine unbegründete war;

2) die Kosten der gegenwärtigen Instanz waren, da die Adhäsion des Beklagten dem Kläger überall keine Kosten erzeugt hat, ebenfalls durchweg zu compensiren.

Auszug aus den Seite 230 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

Hainer ca. Cüntzer 1839.

Unter diesen Umständen hat es daher für angemessen erachtet werden müssen, noch erst eine anderweitige Besichtigung und Begutachtung anzuordnen. Denn theils ist dieß schon überhaupt den Regeln des Prozesses gemäß, wenn das frühere Gutachten ohne Schuld des Beweisführers mangelhaft und unbrauchbar ausgefallen ist,

Claproth, bürgerl. Proz., Thl. 2 § 312, 314,

Mittermaier, im Archiv für die civil. Praxis, Thl. 2 Nr. 10 S. 139 und 140,

Martin, Lehrb. der Proz., edit. 12 § 223a E.,

Linde, Lehrb. d. Proz. edit. 3 § 300,

theils sprechen dafür im vorliegenden Falle noch die besonderen Gründe, daß Beklagter in voriger Instanz event. selbst hierauf angetragen hat, und daß die Sache durch die völlig veränderte Darstellung des Beklagten in voriger Instanz einigermaßen in eine andere Lage gebracht und dadurch zugleich ein nicht unerheblicher Verdacht gegen seine Behauptungen erregt worden ist, indem sich gar nicht begreifen läßt, wie er zu den in erster Instanz gemachten Erklärungen gekommen sein sollte, wenn das, was er in zweiter Instanz angegeben hat, wirklich wahr wäre. 2c.

179.

Dr. **M.**, als außerordentlicher Vormund der minderjährigen **Julia Maria Eleonore Hintermeister**, Kläger, Appellant gegen Wittwe **E. E. H.**, geb. **G.** und Kinder, Beklagte, Appellaten, den Nachlaß des Dr. **H.** jetzt Edition von Briefen und Aufnahme eines Inventars betreffend.*)

In der Streitsache der Partheien, betreffend die Herausgabe des Nachlasses des Dr. H., hatte der klagende Theil mittelst Incident-Antrags von den Beklagten die Edition von Briefen und die Aufnahme eines Inventars verlangt, das Stadtgericht aber ohne Einleitung einer Verhandlung das Verlangen durch Bescheid vom 19. Mai 1858 sofort abgewiesen. Gegen diesen Bescheid hatte der Kläger zwar rechtzeitig Berufung angezeigt, allein dabei nicht — wie bei Extrajudical-Appellationen erforderlich — die Beschwerden gleichzeitig beim judex a quo aufgestellt. In Folge dessen wurde die Appellation von dem Appellationsgerichte durch Bescheid vom 7. Juni 1858 als desert zurückgewiesen, auch die nachher von dem Kläger nachgesuchte Restitution gegen die Versäumniß der Formalien durch Bescheid vom 25. Juni 1858 verweigert. Auf die wider den letztgedachten Bescheid ergriffene Berufung des Klägers an das Ober-Appellationsgericht erfolgte jedoch durch Urtheil vom 9. December 1858 sowohl die nachgesuchte Restitution, als auch die beantragte Einleitung der summarischen Verhandlung über die in erster Instanz gestellten Incident-Anträge.

---

*) Siehe Band IV. S. 1.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Der Kläger beschwert sich gegenwärtig darüber, daß seinem in voriger Instanz angebrachten Restitutionsgesuche gegen die Versäumniß der Formalien seiner wider den stadtgerichtlichen Bescheid vom 19. Mai d. J. eingewandten Appellation nicht entsprochen worden sei. Es konnte nun

I. die Gewährung der erbetenen Restitution für den Fall, daß die ebengedachte Appellation für begründet zu achten, also eine wirkliche Läsion anzunehmen war, keinem Bedenken unterliegen. Denn bei der unbestrittenen, auch nach § 12 des privatrechtlichen Gesetzbuches für den Canton Zürich nicht zu bezweifelnden, Minderjährigkeit der klägerischen Curandin fehlt es nicht an einem Restitutionsgrunde. Der jetzige Einwand der Beklagten aber, die erst am 19. Juni erfolgte Nachholung der bei Einwendung der Appellation versäumten Förmlichkeit sei eine verspätete gewesen, das Restitutionsgesuch daher schon formell unzulässig, ist unbegründet. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Vorschrift des R. D. A. von 1600 § 86, welche nur von Fristversäumnissen redet, auf den Fall einer durch unförmliches Handeln herbeigeführten Desertion angewendet werden darf, und ob in einem Falle der vorliegenden Art, wo die Nachholung des Versäumten bei einer andern, als der für die Restitution zuständigen Behörde geschehen mußte, die Bestimmung des Art. 29 der provisorischen Prozeß-Ordnung von 1820 maßgebend sein würde. Jedenfalls ist hier zu Gunsten der klägerischen Curandin entscheidend, daß der Ablauf der in jenem Reichsgesetze bestimmten Frist der Restitution wegen Minderjährigkeit nicht entgegenstehen kann, sofern die Frist noch in die Zeit der Minderjährigkeit, und somit die Fristversäumniß unter die fortdauernde Einwirkung des auf der Minderjährigkeit beruhenden Restitutionsgrundes fällt, wie dieß schon früher vom Ober-Appellationsgerichte erkannt worden ist.

Fftr. S. Hofmann, Testaments-Erben, Mai 1843.

Es kam daher

II. nur darauf an, ob für die klägerische Curandin eine Läsion vorliege, d. h. ob die Appellation gegen den stadtgerichtlichen Bescheid

vom 19. Mai d. Js. materiell begründet sei. Diese Frage war aber abweichend von der Sententia a qua zu bejahen.

Der Kläger hat zwei Anträge gestellt, auf Edition von Briefen und auf Anfertigung eines Inventars über den Nachlaß des Dr. H. Beide Anträge hat er unter dem Gesichtspunkt einer Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß aufgefaßt, für den letzteren sich aber zugleich darauf berufen, daß die Inventars-Errichtung sich als provisorische Maaßregel rechtfertige. Jener erstere Gesichtspunkt war nun zwar nicht geeignet, die gestellten Anträge zu rechtfertigen. Denn, auch wenn man die Zulässigkeit einer probatio in perpetuam rei memoriam bei Urkundenbeweis voraussetzt, so steht doch dem Kläger entgegen, hinsichtlich der zu edirenden Briefe, daß kein genügender Grund angegeben ist, weßhalb durch den Tod der Wittwe H. es dem Kläger unmöglich gemacht oder erschwert würde, die fraglichen Briefe zu erlangen und zu benutzen, hinsichtlich der verlangten Anfertigung eines Inventars, daß dabei von dem abzuwendenden Verlust eines vorhandenen Beweismittels nicht die Rede sein kann.

Es kommt aber hier auch nicht auf die Voraussetzungen einer Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß an, und es kann dem Kläger nicht zum Nachtheile gereichen, wenn er in dieser Hinsicht eine irrige rechtliche Auffassung für sich geltend gemacht hat. Was nämlich

1) die verlangte Edition von Briefen betrifft, so bedurfte der Kläger überhaupt keiner besonderen Rechtfertigung, um dieses Verlangen gerade in der jetzigen Lage des Rechtsstreites stellen zu können. Denn ein Editionsgesuch kann sogar vor Anfang des Hauptprozesses, und ebenso während dessen Anhängigkeit zu jeder Zeit angebracht werden, so lange die Edition noch von Nutzen für die Hauptsache werden kann. Daß die Parthei damit etwa bis zur Einleitung des Beweisverfahrens warten müßte, dafür fehlt es an jedem Rechtsgrunde. Nun hat aber der Kläger mit Recht darauf hingewiesen, daß er, wenn das in der Hauptsache ergangene Stadtgerichts-Erkenntniß in höherer Instanz eine Abänderung erfahren sollte, leicht in die Lage kommen kann, noch einen Beweis über das Erbrecht seiner Curandin führen zu müssen, und zu diesem Beweise will er die zu edirenden Briefe benutzen. Es ist daher nicht abzu-

sehen, warum er nicht schon jetzt zu solchem Zwecke die Vorlegung der fraglichen Briefe sollte auswirken dürfen. Das Editionsgesuch stellt sich aber auch, abgesehen von besonderen Einreden, welche die Beklagten in der darüber einzuleitenden Verhandlung zu begründen im Stande sein möchten, als ein sachlich gehörig begründetes dar. Denn der Gegenstand ist in demselben in genügender Weise bezeichnet und die Behauptung der Beklagten, daß der Kläger Abschriften der Briefe hätte beibringen müssen, bedarf keiner Widerlegung. Der Kläger stützt ferner sein Verlangen darauf, daß die Briefe gemeinschaftliche Urkunden seien, ein Editionsgrund, der nach den concreten Verhältnissen für zutreffend erachtet werden muß, da die geforderten Briefe zum besseren Verständniß der vom Kläger producirten Briefe der Wittwe H. beizutragen geeignet sind und die wechselseitige Correspondenz als ein zusammengehöriges, schon in seiner Entstehung zur Aufklärung über die Rechtsverhältnisse der klägerischen Curandin bestimmtes, Urkunden-Material aufzufassen ist. Endlich hat der Kläger den Besitz der Briefe auf Seiten der Beklagten genügend aus den Acten bescheinigt.

2) Anlangend den Antrag auf Anfertigung eines Erb-Verzeichnisses, so rechtfertigt sich derselbe aus dem vom Kläger gleich Anfangs mit geltend gemachten Gesichtspunkt einer provisorischen Maaßregel so sehr, daß demselben, wenn der Kläger nicht erst eine Verhandlung vor der Gerichtscommission beantragt hätte, unbedenklich schon jetzt zu entsprechen gewesen wäre. Den actenmäßigen Umständen nach ist es nämlich völlig glaublich, daß die Wittwe H. unter den Beklagten die Einzige sein werde, welche über den im Januar 1844 ihrem Ehemanne überwiesenen Nachlaß des Dr. med. H. aus eigener Wissenschaft Auskunft zu geben vermag, während von ihren Kindern, obwohl sie zum Theil schon erwachsen waren, irgend eine Betheiligung an der damaligen Nachlaßregulirung nicht vorausgesetzt werden kann. Die klägerische Curandin würde daher, wenn die Ausmittelung des Nachlaßbestandes ohne Mitwirkung der Wittwe H. geschehen müßte, der Gefahr ausgesetzt sein, daß eine zuverlässige Aufklärung in hohem Grade erschwert wäre, und namentlich, wenn eine eidliche Manifestation nöthig werden sollte, ihr die Möglichkeit, auf einen Wahrheitseid zu dringen, entzogen

würde. Diese Gefahr ist aber nicht nur sachlich eine hinreichend bedeutende, sondern auch bei dem hohen Alter der Wittwe H. eine nahe genug bevorstehende, um Sicherung dagegen durch eine provisorische Maaßregel zu rechtfertigen. Darauf, daß das Erbrecht der klägerischen Curandin schon erwiesen sei, kann es hiebei selbstverständlich nicht ankommen, wogegen der Kläger sich mit Recht darauf beruft, daß von ihm mindestens für den Anspruch auf ein Sechstheil des Nachlasses eine genügende Bescheinigung in den Voracten geliefert sei und dieß in dem Stadtgerichts-Erkenntnisse vom 23. April d. J. bereits Anerkennung gefunden habe. Es fragt sich daher nur, ob die beantragte Maaßregel innerhalb der Grenzen eines Provisoriums bleibe. Dieß unterliegt aber keinem Zweifel, denn die sofortige Anfertigung eines Inventars stellt sich einerseits als das einzige Mittel dar, um die vorhin bemerkte Gefahr völlig zu beseitigen, und nöthigt andererseits die Beklagten nur, früher, als es nach dem gewöhnlichen Prozeßgang geschieht, eine thatsächliche Aufklärung zu geben, ohne ihnen für die Hauptsache irgend zu präjudiciren oder sie mit einem Vermögens-Nachtheil zu belasten. Der Ansicht des Appellationsgerichtes, daß das erbetene Provisorium mit dem eventuellen Definitivum völlig identisch wäre, kann nicht beigepflichtet werden, da das Definitivum nicht in der Errichtung eines Inventars, welche nur ein Hülfsmittel für die Hauptsache bildet, sondern in der Zuerkennung und Realisirung des angesprochenen Erbrechts besteht.

Hiernach mußten beide Anträge des Klägers zur Einleitung der summarischen Verhandlung vor der Gerichtscommission für geeignet erachtet werden.

III. Der Antrag der Beklagten, dem Kläger wegen seines Gesuches vom 15. Mai vorerst die Stellung einer reellen Caution bei Vermeidung der Abweisung angebrachtermaaßen aufzuerlegen, erledigt sich für die jetzige Instanz schon durch die ergehende Entscheidung in der Sache selbst, stellt sich aber auch aus den in dem Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts vom 22. Januar d. J. angeführten Gründen als verwerflich dar.

IV. Ueber die Kosten voriger Instanz, welche für stillschweigend compensirt zu erachten sind, soweit sie nicht bereits, vermöge des Desertionserkenntnisses vom 7. Juni d. J., dem Kläger rechtskräftig zur

Last fallen, liegt keine Beschwerde vor. Die Kosten der jetzigen Instanz waren wegen der abändernden Entscheidung in der Hauptsache gleichfalls zu compensiren.

Auszug aus den Seite 234 angeführten Entscheidungsgründen in Sachen:

Hofmann, Joh. Heinr., Testamentserben v. J. 1843.

Von den beiden Anträgen, welche die Imploranten und Appellanten gegenwärtig hieselbst gemacht haben, war zuvörderst

I. das Rechtsmittel der Appellation als unbegründet zu verwerfen.

Da es sich für jetzt nur davon handelt, die Desertion der früheren Appellationen wider das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 30. Mai, sowie das diese Desertion aussprechende Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts vom 31. October v. J. mittelst der Restitution aus dem Wege zu räumen, damit demnächst über die Materialien der Sache selbst erkannt werden könne, so kommt auch gegenwärtig nur die, auf die von Seiten des Appellationsgerichts ausgesprochene Verweisung des Restitutionsgesuchs an das Ober-Appellationsgericht sich beziehende erste Beschwerde der Appellanten in Betracht.

Das Appellationsgericht hat aber mit Recht sich des Erkenntnisses über die bei demselben nachgesuchte Restitution enthalten, und waren die Appellanten mit ihrem deßfallsigen Antrage allerdings an das Ober-Appellationsgericht zu verweisen.

Denn da nicht bloß eine de facto eingetretene Desertion, sondern ein, diese Desertion, und daß es wegen derselben bei den früheren Erkenntnissen zu belassen sei, aussprechendes Erkenntniß, und zwar des Ober-Appellationsgerichts, vorlag, mithin vor allen Dingen dieses Erkenntniß zu beseitigen war, so konnte auch die dazu erforderliche Restitution nur bei dem Ober-Appellationsgerichte nachgesucht werden, indem es Regel ist, daß die Restitution gegen Erkenntnisse nur von demjenigen Richter ertheilt werden kann, von welchem dieselben ausgegangen sind,

Gönner, Handb. des Proz., Theil III. Nr. 66 § 18 Seite 511.

Linde, Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln. Theil II. § 284 S. 732.

und daß insbesondere der Unterrichter nicht competent ist, gegen ein Erkenntniß des Oberrichters zu restituiren.

L. 18 pr. D., de minorib. (4, 4).

Zwar befindet sich die gegenwärtige Sache in sofern in einer etwas eigenthümlichen Lage, als es zugleich darauf ankam, die Desertion der Appellation gegen das Stadtgerichts-Erkenntniß vom 11. April v. J. und die Rechtskraft dieses Erkenntnisses zu beseitigen, wofür an sich das Appellationsgericht allerdings competent war. Indeß hat es keinen Anstand, daß der höhere Richter, an den die Sache ohnehin gebracht werden muß, auch wider das Erkenntniß der unteren Instanz Restitution ertheilen kann, indem die Macht dazu ihm kraft seiner Stellung zusteht und seine Competenz sich schon aus dem Grundsatze, daß Incidentpunkte der Hauptsache folgen, von selbst ergibt.

Vergl. § 47 der Ord. f. d. O.-A.-Gericht.

Dahingegen mußte:

II. dem Restitutionsgesuche, sowie im Urtheile geschehen ist, gewillfahrt werden.

Wenn freilich die Appellanten sich zuvörderst

A. auf die Culpa ihres Sachführers berufen, durch dessen Versehen die Desertion einzig und allein herbeigeführt worden sei, so ist schon in den Entscheidungsgründen zu dem vorigen Erkenntnisse des Ober-Appellationsgerichts auf die Unstatthaftigkeit dieser Begründung des fraglichen Gesuches hingewiesen. Der § 160 der Gerichts-Ordnung für das Ober-Appellationsgericht und das dieser Vorschrift und der gemeinen Praxis zum Grunde liegende Senatus consultum des k. Kammergerichts vom Jahre 1786, setzen einzig den Fall einer Fristversäumung voraus, und können nicht auf andere Versehen der Sachführer ausgedehnt werden, mithin namentlich nicht auf einen Fall der hier vorliegenden Art, wo die vorzunehmende Handlung zwar tempestive aber mangelhaft vorgenommen worden, indem die Einwendung der Extrajudicial-Appellation nicht unterblieben oder versäumt, sondern zu rechter Zeit geschehen ist, aber ohne Wahrnehmung der in den Gesetzen sub poena desertionis vorgeschriebenen

Form. Von jenen singulären Vorschriften abgesehen, ist aber die culpa advocati procuratoris — und als diesen Letzteren hat sich der Dr. G. in den Verhandlungen vor dem Stadtgericht ausdrücklich ligitimirt — keine causa restitutionis und soll namentlich aus diesen Gründen eine ergangene res judicata nicht rescindirt werden.

L. 10 C. de procur. (2, 13.)

Auch läßt sich dagegen kein Einwand entnehmen aus der L. 26 § 9 D. ex quibus caus. majores (4, 6), welche keinen Unterschied macht, ob der zu Restituirende mit einem Procurator versehen gewesen ist oder nicht. Denn abgesehen von dem Widerspruche derselben mit der L. 39 eod. handelt sie auch von einem ganz andern als dem vorliegenden, nämlich von dem Falle der Abwesenheit der Parthei, und bestimmt nur, daß die hierdurch begründete Restitution durch die Zurücklassung eines Procurators nicht ausgeschlossen sein solle.

Dahingegen liegt:

B. in der Minderjährigkeit der noch unter Vormundschaft ihrer Mutter stehenden Mitimplorantin Margaretha Elisabeth Henriette Hofmann, welche gleich an dem ersten an das Stadtgericht gebrachten Gesuche, worin die gerichtliche Aufzeichnung des Nachlasses auf den Grund des väterlichen Testaments verbeten ward, durch ihre Mutter, als Vormünderin, unter Beitritt der im Testamente ernannten Assistenten derselben, Theil genommen hat, allerdings ein genügender Restitutionsgrund. Denn selbst, wenn man diese Restitution, wegen des in der Mitte liegenden Desertions-Erkenntnisses vom 31. October 1842, als restitutio contra rem judicatum betrachtet, kann dieselbe der Minderjährigen nicht versagt werden,

L. 1, 4, 5 C. si adv. rem jud. (2, 27),

und für Frankfurt insbesondere enthält der § 17 der Provocations-Ordnung v. J. 1788 sub 3, hierüber in Beziehung auf Minderjährige eine ganz klare Vorschrift. Nicht minder findet nach § 187 der Gerichts-Ordnung für das Ober-Appellationsgericht diese Restitution namentlich gegen Erkenntnisse des Ober-Appellationsgerichts statt. Auch kann es dabei auf die Frage, ob der Minderjährigen durch den Verlust des Rechtsmittels ein materieller Nachtheil zugefügt sei, nur insoweit ankommen, als freilich die offenbare Verwerflichkeit sämmtlicher in der Hauptsache aufgestellter Beschwerden, auch sofort jede

Restitution gegen die Versäumung der Appellations-Formalien ausschließen würde. Davon ist aber im vorliegenden Falle nicht die Rede, und da nun auch die Läsion nicht etwa in einem von der minor aetas unabhängigen casus, sondern vielmehr in der culpa des von den Vormündern gewählten Sachführers ihren Grund hat,

L. 17 D. de minorib. (4, 4) coll. L. 11 § 4, 5 eod.,

so war die vorläufige Annahme der Appellation im Wege der Wiedereinsetzung nicht zu verweigern.

Nur zwei Bedenken ließen sich dagegen erheben:

1) daß die Appellanten auch wieder die Frist ad petitionem instituendam versäumt haben, indem nach der bekannten Vorschrift des Deput.-Absch. von 1600 § 86 — welche auch in den § 158 der Gerichts-Ordnung für das Ober-Appellationsgericht aufgenommen ist — das Gesuch innerhalb einer der ursprünglichen gleichen Frist, mithin innerhalb 8 Wochen, vom Tage der Insinuation des Erkenntnisses vom 31. October v. J. an gerechnet, hätte angebracht werden müssen, während dasselbe erst am 24. Januar d. J. hierselbst übergeben worden ist, und

2) daß sich unter den Appellanten neben der Minderjährigen auch Großjährige befinden, nun aber die Regel gilt, daß die dem minderjährigen Streitgenossen zu gewährende Hülfe der Restitution dem großjährigen Litisconsorten nicht zu Statten kommen solle.

L. 2 C. si unus expluribus app. (7, 68.)

Allein

ad 1) das erste Bedenken beseitigt sich, auch abgesehen von den Einwendungen, die dagegen aus dem oben angezogenen § 17 der Provoc.-Ordnung eintreten möchten, jedenfalls dadurch, daß die Minderjährige auch wieder gegen diese neue Versäumung in gleicher Weise, wie gegen die frühere, würde in integrum restituirt werden müssen, weil die Schuld derselben ebenfalls den von den Vormündern bestellten Sachführer trifft, welcher die Verzögerung dadurch herbeigeführt, daß er, statt sich sofort an das Ober-Appellationsgericht zu wenden, erst die Sache auf's Neue an die zweite Instanz gebracht hat.

Was aber

ad 2) das fernere Bedenken anbetrifft, so ist zuvörderst schon jener Grundsatz auf theilbare Rechtsverhältnisse zu beschränken und

da nicht anzuwenden, wo dem minor allein entweder überall nicht oder doch nur dann vollständig geholfen werden kann, wenn die Restitution auch auf die Großjährigen mit erstreckt wird, und wo mithin nur die Wahl bleibt, entweder dem Großjährigen mitzuhelfen, oder auch den Minderjährigen ohne Hülfe zu lassen, indem in einem solchen Falle nicht sowohl den großjährigen Mit-Interessenten die Restitution gewährt, als vielmehr nur der Restitution der Minderjährigen die nöthige Ausdehnung gegeben wird, damit sie ihnen im vollen Umfange nutzbar werde.

Glück, Erläuter. der Pand., Theil V. S. 573.

Martin, von der rechtl. Natur der Streitgenossen § 10 (in Martin und Walch Magazin, Heft 3 S. 353 ff.)

Burchardi, Wiedereinsetzung rc., S. 585.

180.

Benjamin Krebs und Consorten, Kläger gegen das **Bauamt** der freien Stadt Frankfurt, Beklagten, Errichtung eines städtischen Gebäudes in der Mainzer- und Ankergasse betreffend.*)

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 2. April 1856.

In Erwägung, daß

1) die Legitimation der Kläger anbelangend der Mitkläger Beyerbach, welcher in eigenem Namen aufgetreten, nicht Eigenthümer des betreffenden Hauses ist, mithin ebensowenig zur Anstellung der Klage als zur Nachsuchung des Bauverbots legitimirt erscheint, daß derselbe jedoch nur den Antrag auf das Bauverbot, fallen gelassen hat, demnach mit der erhobenen Klage, unter Verurtheilung zum Kostenersatze, abzuweisen ist;

2) die aus Art. 74 der prov. Prozeßordnung abgeleitete Einrede um deßwillen unbegründet erscheint, weil die Kläger, obgleich sie erst am 6. November 1855 den Antrag auf ein Bauverbot in der gesetzlich vorgeschriebenen Form eingebracht haben, doch mit ihrer Einsprache gegen den Bau viel früher und noch während des Baues hervorgetreten sind;

3) die Einrede der Zuvielforderung, wenn auch an sich begründet, doch zu einer Abweisung der Kläger nicht führen kann, weil

---

*) Siehe Band II. S. 218.

die Zuvielforderung im vorliegenden Falle unverkennbar nur auf einem Versehen des Sachführers beruht.

In Erwägung ferner, daß, den Klaganspruch selbst anbelangend

4) diesem die L. 2 § 4 D. ne quid in loco publ. 43, 8 wohl kaum entgegen stehen dürfte, da sie nur die Anwendung der bei dem interdictum ne quid in loco publico fiat geltenden Grundsatze auf Plätze, welche zum patrimonium fisci gehören, ausschließt, keineswegs aber die Verfolgung eines wirklichen Rechts in Beziehung auf einen solchen Platz, daß aber

5) im vorliegenden Falle die Errichtung eines öffentlichen Gebäudes in Frage steht und auf solche die Bestimmungen über die Höhe der Gebäude hier nie angewendet worden sind, wie sich schon daraus ergibt, daß ungeachtet jener Bestimmungen zu allen Zeiten Thürme und Kirchen erbaut worden sind, welche das gesetzliche maximum der Höhe bei weitem überschreiten, daß

6) nicht angenommen werden kann, daß durch Erlassung des Gesetzes vom 19. Mai 1853 der Staat in dieser seiner Befugniß habe beschränkt werden sollen, daß

7) die höchsten Staatsbehörden, der Senat, die gesetzgebende Versammlung und die ständige Bürger-Repräsentation, den Bau des Lagerhauses nach den vorgelegten Plänen und Kosten-Ueberschlägen, mithin in der jetzigen Höhe, nachdem in dem Bericht des Stadtbaumeisters besonders auf das Gesetz vom 19. Mai 1853 aufmerksam gemacht worden war, beschlossen und somit Umgang von den gesetzlichen Vorschriften genommen haben, daß

8) an der Befugniß dieser Behörden, dieß zu thun, um so weniger zu zweifeln ist, als dadurch keineswegs ein erworbenes Recht der Kläger verletzt, sondern ihnen nur ein Vortheil, welchen sie kraft eines Baupolizeigesetzes genossen, entzogen worden ist, was durch die höchste Staatsgewalt unbedenklich geschehen kann, daß es auch

9) zu einer solchen speciellen Entbindung von der Befolgung

des Gesetzes in einem einzelnen Falle keines neuen Gesetzes bedarf, daß endlich

10) der Anspruch der Kläger auf Schadenersatz unbegründet erscheint, weil, wie schon unter 8) bemerkt wurde, kein erworbenes Recht derselben verletzt worden ist,

wird hiermit zu Recht erkannt:

I. Der Mitkläger Beyerbach wird wegen mangelnder Legitimation zur Sache mit der erhobenen Klage abgewiesen und schuldig erkannt, der beklagten Behörde $\frac{1}{6}$ der verursachten Streitkosten, insoweit darüber noch nicht erkannt ist, zu ersetzen.

II. Die übrigen Kläger werden mit ihrer Klage ab und zur Ruhe gewiesen und verurtheilt, der beklagten Behörde die durch das angelegte Bauverbot verursachten Schäden und Kosten und $\frac{5}{6}$ der verursachten Streitkosten, insoweit darüber noch nicht erkannt ist, zu ersetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 31. August 1857.

(Rechtsfacultät Berlin.)

Auf Appellation der Kläger.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation in Ordnung beruhen und in der Sache selbst, wie hiermit geschieht, das Erkenntniß des Stadtgerichts vom 2. April 1856 sub II. dahin abzuändern sei, daß Beklagter, Einwendens ungeachtet, auf die erhobene Klage sich einzulassen schuldig und da er solches auf den Fall bereits gethan, den Grund der Klage aber nicht überall zugegeben hat, Kläger den Grund ihrer Klage, so viel ihnen daran verneint worden, insbesondere jeder einzelne derselben, daß er bei seiner Einsprache gegen den im Streit befangenen Neubau von seines Hauses wegen

ein eigenes öconomisches Interesse habe, Beklagtem Gegenbeweis, Eideszuschiebung und übrige rechtliche Nothdurft vorbehältlich, wie Recht zu erweisen, verbunden sind.

Und wird die Sache nunmehr, unter Aussetzung der Kosten, soweit solche durch das stadtgerichtliche Urtheil den obengenannten fünf Klägern aufgelegt sind, und unter Vergleichung der Kosten gegenwärtiger Instanz, jedoch mit Ausnahme der Versendungskosten, welche von den Klägern zu tragen sind, zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Dieses Erkenntniß wurde auf Appellation des Beklagten durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 18. December 1858, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz, lediglich bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Das, die Wiederherstellung der die Kläger mit ihrer Klage ab und zur Ruhe verweisenden und zum Schadens- und Kosten-Ersatze verurtheilenden Pos. II. des Stadtgerichts-Erkenntnisses vom 2. April 1856, sowie die Verurtheilung derselben in die Kosten voriger Instanz bezweckende gravamen unicum des Beklagten mußte verworfen werden. Dasselbe ist

A. auf die Behauptung gestützt worden, daß die gesetzlichen Bestimmungen über das bei Neubauten einzuhaltende Höhenmaaß auf öffentliche Gebäude überhaupt keine Anwendung erlitten. Dieß Argument hat beklagtischer Theil

1) zwar erst, nachdem dasselbe vom Stadtgericht ex officio geltend gemacht worden, in zweiter und gegenwärtiger Instanz der Klage entgegengesetzt. Dieß hindert indeß nicht, daß die hier behauptete Beschränkung der betreffenden baugesetzlichen Vorschrift, insofern sie als eine gesetzliche oder notorische anzuerkennen sein sollte, in Berücksichtigung gezogen werden müßte; wogegen es allerdings nach Lage der Sache ausgeschlossen erscheint, noch (worauf auch gar nicht ange-

tragen ist) ein Beweisverfahren in der fraglichen Beziehung eintreten zu lassen.

Ebensowenig ist

2) mit den vorigen Richtern aus dem die Mittheilung der Klage zur exceptivischen Erklärung verfügenden Ober-Appellationsgerichts-Urtheile vom 20. October 1855 *) ein Bedenken zu entnehmen, ob das in Rede stehende Argument jetzt noch in Betracht zu ziehen sei. Das Ober-Appellationsgericht hat sich damals nur über den privatrechtlichen Charakter der einschlagenden baugesetzlichen Bestimmungen, nicht über deren Umfang und materiellen Inhalt und noch weniger über deren Anwendbarkeit auf den vorliegenden concreten Fall ausgesprochen. Dagegen kann

3) die behauptete Unanwendbarkeit der in Rede stehenden Gesetzes-Vorschrift auf öffentliche Gebäude für rechtlich begründet nicht erachtet werden. Beklagte Behörde hat sich

a) auf die Natur der Sache berufen. Da der Staat sich vorbehalten habe, von der fraglichen Baubeschränkung zu dispensiren, so sei es selbstverständlich, daß die Beschränkung für seine eigenen Bauten gar nicht existire. Allein die Richtigkeit jener Voraussetzung auch angenommen, würde doch daraus, daß in einzelnen Fällen die betreffenden Staatsbehörden ebenso wie jeder Private ermächtigt werden könnten, sich über das fragliche Gesetz hinauszusetzen, in keiner Weise folgen, daß den Ersteren im Voraus und für alle Fälle diese Ermächtigung bereits ertheilt sei. Ebenso wenig Gewicht kann

b) auf das Argument gelegt werden, daß die analoge Baubeschränkung des Römischen Rechts:

L. 12 § 4. L. 13. Ce de aededif. priv.

sich — ausweislich des betreffenden Codex-Titels — nur auf Privatgebäude bezogen habe, und eben hierauf der in der Frankfurter Reformation VIII. 2 § 1 vorkommende Ausdruck „Behausungen" hinweise. Von dem Römischen Rechte — wenn es auch benutzt werden konnte, um im Allgemeinen den rechtlichen Charakter einer Bauvorschrift der fraglichen Art in's Klare zu stellen — muß hier,

---

*) Siehe Band II. Seite 218 flg.

wo es sich um den speciellen Inhalt einer selbstständigen particularrechtlichen Norm handelt, ganz abstrahirt werden. Und aus dem in der Reformation l. c. gebrauchten mehrdeutigen Worte „Behausung" irgend eine Consequenz zu ziehen, würde um so bedenklicher sein, als in den neueren Gesetzen — namentlich dem dermalen allein maaßgebenden vom 19. Mai 1853 — diese Ausdrucksweise verlassen und von „Gebäuden" die Rede ist. — Seinen Hauptgrund hat endlich beklagtisches Bauamt

4) mit dem Stadtgerichte darin gesetzt, daß „zu allen Zeiten Thürme und Kirchen erbaut worden sind, welche das gesetzliche Maximum der Höhe bei Weitem überschreiten." Wenn jedoch hieraus

α) ein durch unvordenkliche Verjährung begründetes Privilegium aller öffentlichen Gebäude gefolgert werden soll, so ist dieß ganz unzutreffend. Durch Immemorial-Präscription könnte — wie Kläger richtig bemerken — nur eine Befreiung der einzelnen Gebäude, nicht eine generelle Befreiung des Staates für alle seine — auch die zukünftigen — Bauten von der fraglichen Gesetzes-Vorschrift begründet werden. Es bleibt also

β) nur der Gesichtspunkt einer Usual-Interpretation resp. einer gewohnheitsrechtlichen Beschränkung der in den Baugesetzen enthaltenen Regel übrig. Man kann aber — obgleich auch diese Folgerung aus der bloßen Existenz von Gebäuden der gedachten Art ihre Bedenken hat — zugeben, daß ein allgemeines Einverständniß über die exceptionelle Natur solcher öffentlichen Bauten, wie es Kirchen und Thürme sind, von jeher in Frankfurt geherrscht habe und auch ferner, trotz der Bestimmungen des Gesetzes vom 19. Mai 1853, in Kraft bleibe, ohne daß man daraus zu der Folgerung berechtigt wäre, daß alle öffentliche Gebäude, trotz ihrer in concreto privatrechtverletzenden Charakters eine solche exceptionelle Natur hätten.

Die beklagtische Beschwerde ist sodann und vorzugsweise

B. auf die der Klage entgegengesetzte Einrede gestützt, daß die höchsten Staatsbehörden — der Senat, die gesetzgebende Versammlung und die ständige Bürger-Repräsentation — ihre Zustimmung dazu ertheilt hätten, daß das fragliche Lagerhaus eine Höhe von 65 Schuh bis über das Hauptgesims erhalte, also von der

Bestimmung im Art. 1 des Gesetzes vom 19. Mai 1853 „Umgang genommen werde." Wenn dem gegenüber Kläger

1) die rechtliche Möglichkeit bestritten haben, daß ihr privatrechtliches Widerspruchsrecht gegen einen das gesetzliche Höhenmaaß überschreitenden Neubau im Wege der Dispensation ohne Entschädigung beseitigt werde, so bedarf die Frage, welche Wirkung dem Ausspruche der gesetzgebenden Gewalt, daß das beklagtische Bauamt von Beobachtung jener Gesetzesbestimmung den Klägern gegenüber dispensirt sein solle, zukommen würde, keiner näheren Erörterung, da es

2) an einem Ausspruche des gedachten Inhalts gänzlich fehlt. Es darf in dieser Beziehung im Allgemeinen auf die Ausführungen der vorigen Richter verwiesen werden. Wenn zu deren Widerlegung

a) die Behauptung aufgestellt wird: Nach Frankfurter Verfassungsrecht seien alle von der gesetzgebenden Versammlung im Einverständnisse mit dem Senat gefaßten Beschlüsse ohne Weiteres als Gesetzgebungs-Acte aufzufassen, so widerlegt sich dieß durch Art. 17 pos. 1, vergl. mit pos. 2 flg. der Constitutions-Ergänzungs-Acte. Es ist vielmehr

b) die zu beantwortende Frage eine durchaus concrete. Nun stellen sich aber

α) schon darüber erhebliche Zweifel heraus, ob es überall in der Absicht der mit der gesetzgebenden Gewalt bekleideten höchsten Staatskörper gelegen hat, das Bauamt von Befolgung der das Höhenmaaß betreffenden Bestimmungen der Baugesetze, den widerspruchsberechtigten Nachbarn gegenüber, zu dispensiren. Allerdings hatte der Stadtbaumeister in seinem Berichte vom 6. September 1854 speciell darauf aufmerksam gemacht, daß die Höhe des Baues mit dem proponirten 4ten Stockwerk bis über das Hauptgesims 65 Schuh betragen würde, „während nach dem bekannten Gesetze vom 6. April (rect. 19. Mai) 1853 der Bau eigentlich nur 50 Schuh hoch werden dürfe, weil die Mainzergasse sowohl, wie auch die Ankergasse, an welche der Neubau angränze, eine geringere Breite als 30 Schuh haben." Und es kann somit daran nicht gezweifelt werden, daß der Senat, indem er die Mittel zu dem projectirten Bau bewilligte resp. sich bewilligen ließ, das Bewußtsein und die specielle Absicht hatte,

daß in concreto von der fraglichen Gesetzesbestimmung „Umgang genommen" werden solle. — Allein wenn derselbe hierbei — wie dieß nach den im gegenwärtigen Prozesse ergangene Entscheidungen der Localgerichte und den in der Vertheidigung der beklagtischen Behörde aufgestellten Rechtsansichten nicht unwahrscheinlich ist — den nichts weniger als zweifellosen Sinn der betreffenden baugesetzlichen Vorschrift entweder dahin auffaßte, daß es sich hier um eine rein baupolizeiliche, keinerlei Privatrechte begründende, Bestimmung handle, oder dahin, daß die fragliche Baubeschränkung auf öffentliche Gebäude überhaupt keine Anwendung erleide, so hat er die Frage, um die es sich vorliegend doch allein handelt, ob durch eine Ausnahmebestimmung im concreten Falle das Widerspruchsrecht der Nachbarn außer Wirksamkeit gesetzt werden solle, als eine zur Entscheidung stehende gar nicht angesehen; und man kann daher nicht ohne Weiteres annehmen, daß mit dem an die gesetzgebende Versammlung gerichteten Antrage auf Verwilligung der zu dem fraglichen Bau erforderlichen Mittel zugleich die Erlassung einer solchen Ausnahme=Bestimmung bezweckt werden sei. — Noch zweifelhafter ist es, ob die gesetzgebende Versammlung, als sie mittelst Beschlusses vom 15. December 1854 „den zur Ausführung eines neuen Lagerhauses nach den vorgelegten Bauplänen und Ueberschlägen erforderlichen Kostenbetrag von fl. 64,000 verwilligte," in dem Bewußtsein und der Absicht gehandelt hat, einer Ausnahme=Maßregel der ebengedachten Art ihre Sanction zu ertheilen. — Ausweislich der gedruckten „Mittheilungen aus den Protocollen der gesetzgebenden Versammlung"

s. Bd. XVI. S. 12 und S. 26—28

bezog sich der in der Sitzung vom 22. November 1854 zur Vorlage gelangte Senats=Vortrag vom 21. ejusd. zwar in den Motiven unter andern auch auf die „anliegenden Berichte des Stadtbaumeisters," der Antrag ging aber nur

> „auf Verwilligung des zur Ausführung des Neubaues des fraglichen Lagerhauses nach den vorgelegten Bauplänen und Ueberschlägen erforderlichen Kostenbetrags;"

und daß dieser Neubau das gesetzliche Höhenmaaß überschreiten solle, stand aus dem Senatsvortrage selbst gar nicht, sondern nur aus einer jener Beilagen desselben zu erkennen. Die Anlagen sind aber nach

Inhalt des cit. Protocolls in der Sitzung der gesetzgebenden Versammlung vom 20. November nicht mit zur Verlesung gekommen; es steht also jedenfalls dahin, ob es Aufgabe der in dieser Sitzung zur Begutachtung des Senatsvortrags gewählten Commission war, auch die Frage in Erwägung zu ziehen, ob die Versammlung zu der fraglichen Abweichung von dem Gesetze ihre Zustimmung geben solle oder nicht. Der am 15. December erstattete Commissionsbericht berührt denn auch diese Frage mit keinem Worte, ja es stand auch aus ihm nicht einmal das zu erkennen, daß der Neubau eine das gesetzliche Maximum überschreitende Höhe erhalten solle; und die Versammlung hat daher die Geldbewilligung beschlossen, ohne nur eine — wenigstens officielle — Kenntniß von dieser mit dem Neubau verbundenen Intention zu haben. Es müßte aber auch, wenn sie diese Kenntniß gehabt, noch Anstand genommen werden, darum ohne Weiteres den Willen zur Erlassung einer das Widerspruchsrecht der Nachbarn beseitigenden Ausnahme-Bestimmung vorauszusetzen. Die Versammlung könnte ebensowohl von der Unterstellung ausgegangen sein, der Senat resp. die Baubehörde sei in der Lage, den Widerspruch der Nachbarn schon im administrativen Wege durch Verzicht, Abfindung u. s. w. beseitigen zu können. Entscheidend ist es jedenfalls,

β) daß ein Gesetzgebungsact der hier in Frage stehenden Art, eben seines Privatrecht verletzenden Characters wegen, nicht auf Grund bloßer Conclusionen aus den concreten Vorgängen der einzelnen Acten und Mittheilungen von Senat und gesetzgebender Versammlung als existent angenommen werden darf. Es kann nicht genügen, Gründe ausfindig zu machen, aus denen erhellen möchte, daß die Theilhaber der Gesetzgebung den Willen wohl gehabt, eine Dispensation, wie sie hier in Rede steht, zu ertheilen. Rechtlich kann vielmehr die Existenz eines solchen Willens nur dann und erst dann angenommen werden, wenn derselbe ausdrücklich und mit directer Beziehung auf den concreten Ausnahme-Fall — also vorliegend mit Beziehung auf das gesetzliche Widerspruchsrecht der Nachbarn — g e ä u ß e r t und den Betheiligten e r ö f f n e t worden ist. Eine derartige Willensäußerung aber kann man in den jetzt in Frage stehenden Beschlüssen des Senats und der gesetzgebenden Versammlung

offenbar ebenso wenig finden, als die erforderliche Bekanntmachung derselben an die Betheiligten in der, den Charakter einer Gesetzes-Publication durchaus nicht an sich tragenden Veröffentlichung der betreffenden Verhandlungen in den „Mittheilungen aus den Protocollen der gesetzgebenden Versammlung“ enthalten ist.

Beklagtisches Bauamt hat zur Rechtfertigung seiner Beschwerde C. endlich auch noch auf die übrigen Einreden hingewiesen, welche in der Einlassung auf die Klage geltend gemacht und in den nachgehenden Verhandlungen behauptet worden seien. Die Verwerflichkeit dieser Einreden ist jedoch bereits in den Entscheidungsgründen zum angefochtenen Erkenntnisse ausreichend nachgewiesen und kann eine Verweisung hierauf um so mehr für genügend erachtet werden, als eine specielle Widerlegung dieses Theiles der Entscheidungsgründe gar nicht versucht worden ist.

181.

Michael St. Goar, Kläger gegen **August Kitz**, Wittwe, jetzt die Vormünder deren minderjährigen Sohnes, C. W. Kitz, Beklagte, wegen eigenmächtiger und heimlicher Bauveränderungen.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 16. September 1857.

In Erwägung, daß

1) das interdictum quod vi aut clam, mag auch die demselben vorausgehende prohibitio in gewissen Fällen sich als eine Besitzhandlung darstellen, doch kein eigentlich possessorisches Rechtsmittel ist, vielmehr nur schleunige Rechtshülfe zur Abwendung unzulässiger Eigenmacht und Wiederherstellung des früheren Zustandes, sowie Ersatz des erweislichen Interesses bezweckt und jedem durch eine neue bauliche Anlage oder Veränderung, welche auf einer unbeweglichen Sache vorgenommen worden, Benachtheiligten, gleichviel, ob derselbe in einer besonderen rechtlichen Beziehung zum Grunde und Boden steht oder nicht, ob er ein dingliches oder persönliches Recht hat, ob er Besitzer ist oder nicht, sowohl gegen den Urheber der Neuerung, als gegen jeden Besitzer des Grundstücks unter der Voraussetzung zusteht, daß die Neuerung gewaltthätig, d. h. gegen bestimmt erklärten Widerspruch oder heimlich vorgenommen wurde, indem hier die Obligation gerade nur durch die vis und das clam factum i. e. ex delicto entsteht, hingegen ein etwaiges Recht des Handelnden zur Vornahme der Neuerung ganz außer Betracht bleibt;

vergl. Vangerow, Pand. III., S. 558. seqq.
Puchta, Pand., § 386.

Savigny, System II., S. 126 und V. S. 25.
Thibaut, Pand., 8te Aufl. § 233.
Wening-Ingenheim, Civilr., 4te Aufl. II. 3 § 317.
Mühlenbruch, Pand. I., § 155 und II. § 462.
Seuffert, Archiv VIII., Nr. 51 und die bei diesen Schriftstellern citirten Gesetze aus dem Titel der Pand. quod vi aut clam. 43, 24.
Nicht entgegen: Römer's Entsch. I. S. 45.

2) Das Interdict namentlich auch dem Miether zu Statten kommt:
L. 11. § 12. L. 12. L. 19. D. h. t. 43, 24,
und nicht abzusehen ist, warum es demselben nicht auch gegen den Eigenthümer, dessen besserer (juristischer) Besitz hier ganz gleichgültig ist, zustehen sollte, es vielmehr keinem Zweifel unterliegen kann, daß der Miether die Wahl hat, den Eigenthümer, welcher eine ihn benachtheiligende Neuerung vornimmt, entweder in petitorio mit der actio ex conducto zu belangen, oder falls es ihm um schleunige Abhülfe zu thun ist, zu welcher er — als nicht dinglich Berechtigter — auf dem Wege des operis novi nunciatio nicht gelangen kann, sich der prohibitio und demzufolge des Interdicts quod vi zu bedienen, während der Eigenthümer entweder das Verbot des Miethers zu respectiren hat oder, falls er sich hierzu nicht verpflichtet erachtet, den ihm drohenden Interdict quod vi nur durch Betretung des Rechtswegs, sei es nun in petitorio mit der actio locati, sei es (wenn Gefahr beim Verzug) in possessorio durch Geltendmachung des Interdicts uti possidetis vorbeugen kann.

3) Beklagte im vorliegenden Fall allerdings dem Interdict quod vi aut clam unterliegende Neuerungen vorgenommen, indem sie im Haushaltungskeller des Klägers einen vom Boden bis zum Kellergewölbe reichenden viereckigen steinernen Pfeiler aufbauen, an dem Kellerloch des klägerischen Holzkellers aber den Sockelstein bis beinahe herunter zur Pflasterhöhe der Straße aushauen, den Kellerhals ausbrechen und eiserne Läden und Gerämse des Kellerlochs entfernen ließ.

4) Das Interesse des Klägers an dem Unterbleiben der fraglichen Bauveränderungen insofern nicht zu verkennen ist, als

a) den im Haushaltungskeller erbauten steinernen Pfeiler anlan-

gend, dieser Neubau ausweislich des öffentlichen Glauben verdienenden Notariatsinstruments dem Kläger einen Raum von ca. vier und einen halben Quardratschuh an Grund und Boden des ermietheten Kellers (abgesehen von dem freien Raum, der dadurch versperrt wird) entzieht, was den Kläger in seinem Benutzungsrecht jedenfalls beschränkt, mag er nun die nach § 4 des Mieth-Vertrags vorbehaltenen, seinem Bedürfniß entsprechenden Aenderungen im Keller später noch vermehren oder nicht und als

b) das Kellerloch anlangend, nach der von der Beklagten verabredeten und deßhalb von dem Kläger zu erweisenden Behauptung des Letzteren durch die mit den Kellerlöchern des klägerischen Holzkellers und des beklagtischen Kellers vorgenommene Veränderung dem Haushaltungskeller des Klägers das Licht entzogen oder doch geschmälert werden soll.

5) Die klägerische Behauptung, daß die fraglichen Neuerungen heimlich geschehen seien, keine Beachtung verdient, weil, wenn auch Beklagte einräumen mußte, dem Kläger keineswegs eine genaue und specielle Anzeige der beabsichtigten Neubauten und deren Umfangs gemacht zu haben, doch auch klägerischerseits keine solche besonderen Umstände behauptet worden sind, welche darauf hinweisen, daß Kläger die Arbeiten nicht ohne bloßen Zufall habe bemerken können, vielmehr nach der Sachlage dem Kläger, welcher während des ganzen Baues dahier anwesend gewesen, die fraglichen Bauten unmöglich unbekannt bleiben konnten, sonach das Interdict quod clam hier nicht statthaft ist;

vergl. L. 15 § 4, 5 und 6 D. h. t. 43, 24
Savigny, System III., S. 412, 425.

6) Der Kläger aber in der Klage auch ausdrücklich Eigenmacht der Beklagten behauptet und diese Eigenmacht in der Replik dahin erläutert hat, daß er, sobald er von den Neubauten erfahren und vor deren Vollendung denselben bestimmt widersprochen, daß aber die Beklagte, trotz dieses Widerspruchs, weiter gebaut habe, nun aber, wenn diese von der Beklagten verabredet und deßhalb von dem Kläger zu erweisende Behauptung sich demnächst als wahr herausstellen sollte, der Kläger quod vi zu klagen und Wiederherstellung des früheren Zustandes, sowie Ersatz des erweislichen Interesses zu verlangen berech-

tigt wäre, wogegen der Kläger, wenn er seinen Widerspruch nicht beweisen könnte, als in die Neubauten einwilligend angesehen und demzufolge mit seiner Klage abgewiesen werden müßte.

7) Die Beklagte durch ihr Erbieten dem Kläger einen andern Keller ihres Hauses einzuräumen, die Wirkung des Verbots und Interdicts nicht beseitigen konnte und sich mit Ungrund auf L. 27. L 28. § 2 D. locati 19, 2 beruft, weil ihre contractlichen Rechte, wie oben unter 1 und 2 ausgeführt, in gegenwärtigem Interdictverfahren überall nicht in Frage kommen, hingegen

8) dem Kläger das ergriffene Rechtsmittel nicht zu Statten kommen könnte, wenn er, wie die Beklagte behauptet, seinen Widerspruch erst nach geschehener Vollendung der Bauten erhoben hätte, weil alsdann sein Klaganspruch sofort durch die Einrede der Arglist elidirt werden würde, weßhalb der Beklagten deßfallsiger Beweis nachzulassen ist, endlich

9) das Interdict, was speciell den Tragpfeiler betrifft, auch dann keine Wirkung äußern konnte, wenn der von dem Kläger verabredete Einwand der Beklagten sich als begründet erwiese, daß die Einrichtung dieses Tragpfeilers zur Stütze des Hauses nothwendig gewesen, um dem drohenden Einbrechen der Kellerwölbung vorzubeugen und daß bei Wiederentfernung des Tragpfeilers der Einsturz des Hauses zu befürchten sei, indem in diesem Falle der Beklagte die prohibitio des Klägers nicht zu beachten brauchte,

vergl. L. 7 § 4. D. h. t. 43, 24,

aus diesen Gründen wird für Recht erkannt:

I. Kläger hat binnen 14 Tagen rechtsbehörig zu beweisen:

a) „daß er alsbald nach Beginn der neuen Anlage und baulichen Veränderung und jedenfalls vor Vollendung derselben Einspruch erhoben und der Beklagten den Weiterbau untersagt habe,"

vorbehältlich des Gegenbeweises und insbesondere des Beweises der Beklagten:

„daß der Kläger erst nach Vollendung der Bauten Einspruch erhoben habe;"

b) „daß durch die mit den Kellerlöchern in dem klägerischen Holzkeller, sowie in dem Keller der Beklagten vorgenommenen

baulichen Aenderung dem Haushaltungskeller des Klägers das Licht entzogen oder doch geschmälert worden sei,"

vorbehältlich des Gegenbeweises und des Beweises der Beklagten:

„daß der Haushaltungskeller des Klägers durch die fraglichen Bauveränderungen an Licht gewonnen habe."

II. Der Beklagten wird nachgelassen, binnen 14 Tagen zu beweisen:

„daß zur Stütze des Hauses die Errichtung des Tragpfeilers im Haushaltungskeller des Klägers nöthig gewesen, um dem drohenden Einbrechen der Kellerwölbung vorzubeugen,"

oder

„daß bei Wiederentfernung des Tragpfeilers der Einsturz des Hauses zu befürchten sei,"

vorbehältlich des Gegenbeweises und des Beweises des Klägers:

„daß der steinerne Pfeiler durch einen eisernen ersetzt werden könne."

III. Je nach dem Ergebnisse dieser Beweise soll in der Hauptsache und der Kosten wegen weiter ergehen, was Rechtens.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 23. November 1857.

Auf beiderseitige Appellation.

Nach Inhalt des Miethvertrags sind zwar dem Kläger von den im Hause der Beklagten befindlichen Keller nicht zwei bestimmte, sondern im Allgemeinen „ein Haushaltungskeller und ein Holzkeller" vermiethet worden. Es muß jedoch angenommen werden, daß die jetzt in Frage stehenden beiden Kellerabtheilungen dem Kläger demnächst überwiesen und von ihm in Gebrauch genommen worden sind, da er nach Angabe der Beklagten in der Gegenerklärung diese Kellerabtheilungen unter seinem Verschlusse und Haushaltungsgegenstände darin aufbewahrt hatte, als der Beklagte in demselben Veränderungen vornehmen ließ. Auch kann die in der Gegenerklärung enthaltene Behauptung eines klägerischen Widerspruchs gegen

die Aufmauerung des Pfeilers nicht als mutatio libelli betrachtet, sondern muß als Erläuterung der schon in der Klage behaupteten Eigenmacht der Klägerin bei Errichtung des Pfeilers angesehen werden.

Dagegen kann die Frage unerörtert bleiben, ob die hier erhobene Klage, welche als interdictum quod vi aut clam bezeichnet ist, dem Miether gegen den Eigenthümer überhaupt zustehe und ob insbesondere im vorliegenden Falle ein clam factum auf Seiten der Beklagten begründet, ob ferner dasselbe bereits liquid gestellt oder doch wenigstens zum Beweise zu verstellen sei. Denn die erhobene Klage muß jedenfalls schon wegen mangelnder Begründung verworfen werden. Die Anträge des Klägers gehen dahin, die Beklagte zu verurtheilen:

1) den Zustand, wie er zur Zeit des Miethabschlusses gewesen, wieder herzustellen:

a) an dem Kellerloche in ihrem eigenen Keller,

b) an dem Kellerloche des Holzkellers des Klägers;

2) den Pfeiler im Haushaltungskeller des Klägers wieder wegzuräumen;

3) der Beklagten fernere Eigenmächtigkeiten und Besitzstörungen zu untersagen.

Nun ist aber, was den Antrag unter 1 a betrifft, von dem Kläger zwar angegeben, daß sein Haushaltungskeller das Licht sowohl aus dem Kellerloche seines Holzkellers, als auch aus dem Kellerloche eines von der Beklagten benutzten Kellers zu erhalten habe, allein weder in der Klage, noch in dem ihr beigefügten Notariatsact ist behauptet, daß Beklagte an dem Kellerloche des von ihr benutzten Kellers die geringste Veränderung vorgenommen hätte, vielmehr spricht der Wortlaut des Notariatsactes für das Gegentheil.

Der Antrag unter 1 b dagegen ist von dem Kläger auf das Vorgeben gegründet, Beklagte habe an seinem Holzkeller das Kellerloch von der Straße aus einbrechen, das Mauerwerk entfernen, den Sockelstein und den Kellerhals ausbrechen lassen und diese Veränderungen, deren Zweck und Ziel ihm unbekannt sei, bedroheten seinen Keller mit Entziehung des Lichtes. Die vorgegebene Befürchtung der Entziehung des Lichtes, welche eine Beseitigung oder doch wenigstens Verkleinerung der Lichtöffnung voraussetzen

würde, stellt sich jedoch als völlig grundlos dar. Denn durch den klägerischen Notariatsact ist umgekehrt festgestellt, daß die Kellerlochmündung durch Aushauen des darunter befindlichen Sockelsteins bis beinahe zum Straßenpflaster herab vergrößert und daß — entsprechend dieser Vergrößerung der Kellerlochmündung — auch der daran anlehnende Kellerhals durch theilweises Ausbrechen des Mauerwerks erweitert worden ist. Zufolge der Erklärung der Beklagten in der Vernehmlassung hat übrigens die Aenderung an dem Kellerloche mit dieser bewirkten Erweiterung desselben Zweck und Ziel erreicht. Auch noch in der Gegenerklärung konnte der Kläger nicht behaupten, daß die bewirkte Veränderung an dem Kellerloche in etwas Anderem und in welchem Anderen, als in der Vergrößerung desselben besteht. Daß Kläger in seiner Gegenerklärung die Veränderung an einem Kellerloche der Cassirung des Letzteren ohne Weiteres gleichgestellt wissen will, kann die mangelnde Begründung seines Anspruchs nicht ersetzen.

Auch hinsichtlich des Antrags unter 2 auf Beseitigung des Pfeilers fehlt die Darlegung des von dem Gesetze erforderten interesse, opus non fieri, opus factum non esse.

L. 11 § 10, § 14. D. 43, 24.

Kläger behauptet nicht, daß ihn der Pfeiler an Benutzung der Kellerabtheilungen als „Haushaltungs- und Holzkeller," als welche sie ihm vermiethet worden, im Geringsten hindere. Dagegen gibt er zwar vor, daß er beabsichtigt habe, die Kellerräume im Sommer zur Aufbewahrung von wollenen Strumpfwaaren zu benützen und daß der steinerne Pfeiler das Aus- und Einbringen größerer Kisten nicht mehr gestatte.

Allein das Vorgeben der Behinderung an solcher Benutzung beruht auf höchst vagen Wendungen. Weder die Maaßverhältnisse des früheren und jetzigen Zugangs zu den Kellerabtheilungen sind angegeben, noch ist dargelegt, weßhalb Strumpfwaaren nur in Kisten von größerem und welchem größeren Umfange aufzubewahren sein sollten.

In Folge des Vorstehenden beseitigt sich sein Antrag unter 3 ohne Weiteres.

Aus diesen Gründen wird unter Aufhebung des Erkenntnisses

des Stadtgerichts vom 6. September 1857 und unter Verwerfung der Appellation des Klägers für Recht erkannt:

1) Kläger wird mit der erhobenen Klage abgewiesen und ist schuldig, der Beklagten die in voriger Instanz verursachten Prozeßkosten zu erstatten.

2) Von den Kosten der Beklagten in dieser Instanz hat Kläger die Hälfte zu ersetzen, die übrigen Kosten werden verglichen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 28. December 1858.

Auf Appellation des Klägers.

Erkannt:

daß das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 23. November 1857, mit der Maaßgabe, daß Kläger mit dem Interdictum quod vi nur angebrachtermaßen abzuweisen, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

I. Den Gründen, aus denen die vorigen Richter den Kläger mit der erhobenen Klage zurückgewiesen haben, war, soweit es sich:

A. um die begehrte Wiederherstellung des früheren Zustandes an dem Fenster in dem eigenen Keller der Beklagten (1a der appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründe) handelt, beizutreten. Allerdings ist die Klagbitte sub 2b auf dieses Kellerfenster mit gerichtet. Allein dieselbe entbehrt eines jeden factischen Fundamentes, da weder die Klagschrift noch auch der mit derselben producirte Notariatsact einer an dem gedachten Fenster unternommenen Neuerung mit einem Worte Erwähnung thut. In der Replik ist zwar von Kellerlöchern die Rede, durch deren Cassirung oder Veränderung den gemietheten Kellern das Licht entzogen und geschmälert werde, allein dieses Vorbringen ist offenbar viel zu dunkel, um den gerügten Klagmangel als

dadurch beseitigt ansehen zu können. Fehlte es aber solchergestalt, nach Lage der Acten in den beiden vorigen Instanzen, in Beziehung auf den hier fraglichen Punkt an einem der wesentlichen Erfordernisse einer jeden Klage, so mußte der Kläger insoweit zurückgewiesen werden und vermag auch ein erst in höchster Instanz beigebrachtes Novum hierauf keinen abändernden Einfluß zu üben. Dagegen konnte

B. nicht mit den vorigen Richtern angenommen werden, daß die Klage, soweit sie das Kellerfenster in dem s. g. Holzkeller des Klägers und den im s. g. Haushaltungskeller errichteten steinernen Pfeiler (1b und 2 der appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründe) zum Gegenstande hat, deßhalb zurückzuweisen sei, weil Kläger nicht genügend dargelegt habe, daß und welchergestalt er durch die beklagtischerseits unternommenen Neuerungen in dem Gebrauche der gemietheten Kellerabtheilungen beeinträchtigt werde. Wenn in den im angefochtenen Erkenntnisse citirten und anderen Quellenstellen davon die Rede ist, daß nur der sich des Interdictum quod vi aut clam bedienen könne, der ein Interesse dabei habe, opus non fieri oder non factum esse,

L. 11 § 1, 10. L. 12. L. 13 § 3 und 4
L. 16 pr. § 1. D. h. t.

so bezieht sich dieß nur auf die Legitimation zur prohibitio und folgeweise auch zum Interdicte.

Es soll damit Niemand zugelassen werden, der nicht zu der Sache, an welcher die Neuerung vorgenommen oder auf welche durch dieselbe eingewirkt wird, in einem solchen Verhältnisse steht, daß er ein rechtliches Interesse bei der Frage hat, ob eine Veränderung des bisherigen Zustandes eintreten solle oder nicht. Dieses Interesse aber liegt für den gegenwärtigen Fall klar vor, in der Eigenschaft des Klägers als Miethers derjenigen Localitäten, in und an welchen beklagtischerseits bauliche Veränderungen unternommen worden sind. Soviel ist allerdings zuzugeben, daß, wenn bereits klar vorliegen sollte, daß der Kläger durch die Neuerung keinerlei Beeinträchtigung erlitten habe, resp. erleiden werde, dann die Klage zurückgewiesen werden mußte. So aber steht die Sache nicht. Vielmehr muß

1) in Betreff des Pfeilers der unter 4a der stadtgerichtlichen

Entscheidungsgründe niedergelegten Ansicht beigetreten werden, daß die Entziehung eines Raumes von circa 4½ Quadratschuh der dem Kläger miethweise überlassenen Kellerabtheilung, von diesem als Beeinträchtigung seiner Interessen ohne Weiteres und so lange behandelt werden darf, als von dem beklagten Theile nicht der Nachweis geführt ist, daß die Raum-Entziehung und Verringerung ohne jeglichen nachtheiligen Einfluß für den Kläger geblieben sei, an welcher Nachweisung es, bis jetzt wenigstens, fehlt.

Anlangend aber

2) das Kellerfenster in dem s. g. Holzkeller, so war zur Zeit der Klaganstellung die Veränderung erst begonnen, noch nicht vollendet und Kläger konnte sich mit Fug darauf berufen, daß deren Zweck und Ziel ihm ganz unbekannt sei. Am beklagtischen Theile wäre es gewesen, zu zeigen, daß die fraglichen Aenderungen, ihrem endlichen Zweck nach, die Interessen des Klägers nicht beeinträchtigten. Das betreffende Vorbringen in der Exceptionalhandlung ist aber in dieser Beziehung viel zu unbestimmt, und zudem hat Kläger dasselbe replicando geleugnet. Es konnte also keinenfalls als bereits feststehend angesehen werden, daß Kläger kein Interesse bei der gebetenen Wiederherstellung des früheren Zustandes habe und kommt es bei dieser Lage der Sache auf das von Letzterem in gegenwärtiger Instanz beigebrachte Novum, wodurch es sein Interesse im Näheren nachzuweisen beabsichtigt, nicht an.

II. Es fragte sich hiernach, ob die übrigen beklagtischerseits der Klage entgegengesetzten Einwendungen, über welche die vorigen Richter ihr Urtheil ausgesetzt haben, zu einer Zurückweisung der Klage führten. Wenn nun

A. zunächst die Statthaftigkeit des Interdicts für den vorliegenden Fall deßhalb bestritten worden ist, weil der Miether sich dieses Rechtsmittels, dem Eigenthümer und Vermiether gegenüber, nicht bedienen könne, so war dem nicht beizupflichten.

1) Es ist in den Quellen ausdrücklich anerkannt, daß derjenige, der zu dem Immobile, an dem die Neuerung vorgenommen wird, in dem Verhältnisse eines Miethers steht, zum Interdictum quod vi aut clam berechtigt ist,

L. 11 § 12. L. 12. L. 13 § 4. L. 19. D. h. t.

2) Allerdings ist es die Ansicht mancher neueren Juristen, daß das Interdict dem Eigenthümer gegenüber, qui in suo quid facit ausgeschlossen sei, oder — was praktisch auf dasselbe herauskommt — nur dann stattfinde, wenn der Kläger mit demselben den vollen Beweis seines Verbietungsrechtes verbinde:

Wiederhold, die Operis novi nunciatio S. 73 flg.

Francke, im Archiv für civilist. Praxis XXII. S. 362 flg.

Heimbach, im Rechtslexicon V. S. 610 not. a.

Allein diese Ansicht, die sich vorzugsweise auf die auch von beklagtischer Seite wiederholt in Bezug genommene

L. 5 § 10. D. de o. n. n. (39, 1)

gründet, kann für richtig nicht erachtet, vielmehr muß bei der gemeinen Meinung stehen geblieben werden, daß das Interdict in seiner regelmäßigen Gestalt auch dem Eigenthümer gegenüber, der an seiner eigenen, in seinem Besitze befindlichen unbeweglichen Sache eine Veränderung vornimmt, Platz greift.

Schmidt, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, N. F. I. S. 343 flg.

Sintenis, Civilrecht § 124 Note 56 Bd. II. (S. 758.)

Vangerow, Lehrbuch (6te Ausg.) § 677 Anmerk. sub III. (III. S. 562 flg.)

Arndt's Lehrbuch, § 329 Note 3.

Rudorff zu Puchta, Lehrbuch § 356 Note 9.

3) Es bliebe noch denkbar, daß das zwischen den Betheiligten bestehende Vertragsverhältniß die Befugniß auf das Interdict zu recurriren, ausschlösse. Allein, daß der Vermiether gegen den Miether sich dieses Rechtsmittels bedienen kann, ist ausdrücklich anerkannt:

L. 25 § 3. D. locati (19, 2)

und liegt kein genügender Grund vor, warum nicht auch umgekehrt dasselbe dem Miether gegen den Vermiether zustehen sollte, wofür vielmehr eine Andeutung in

L. 3 § 3. D. uti poss. (43, 17)

und die Analogie der

L. 13 pr. h. t.

spricht.

Vergl. auch Schmidt l. c. S. 300 sub. 2.

B. Dagegen mußte der weitere beklagtische Einwand, daß es an den factischen Voraussetzungen des, nach der ausdrücklichen Erklärung des Klägers allein erhobenen und intendirten Interdictum quod vi aut clam fehle, Berücksichtigung finden. Im Libelle ist zur Begründung dieses Interdictes weiter Nichts gesagt, als: die beklagtische Erblasserin habe „ohne Anfrage, ohne die Einwilligung des Miethers einzuziehen, heimlich und eigenmächtig" die fraglichen baulichen Veränderungen unternommen. Diese Begründung weißt zunächst

1) nur auf das Interdictum quod clam hin, zu dessen näheren Substantiirung denn in der Replik noch hervorgehoben worden ist, dem Kläger sei von den Bauveränderungen keine Anzeige, keine Vorlage darüber gemacht worden; eine dichte Bretterwand sei herumgezogen worden und habe indem den Anblick verwehrt.

Nun muß von jener allgemeinen und unbestimmten Behauptung, beklagtische Erblasserin habe heimlich gehandelt, ganz abstrahirt werden und kann es nur darauf ankommen, ob durch die hervorgehobenen speciellen Momente die Annahme einer Clandestinität begründet werde. Diese Frage aber ist zu verneinen:

a) Die unterlassene ausdrückliche Anzeige macht die Neuerung nicht unter allen Umständen zu einem clam factum. Einer ausdrücklichen denunciatio bedarf es da nicht, wo der Bauende, den obwaltenden Verhältnissen nach, annehmen kann, daß auch ohne solche derjenige, von dem etwa eine Prohibition zu erwarten sein möchte, von der beabsichtigten Neuerung genügende Kenntniß erhalten werde.

Hasse im Rhein=Museum IV. S. 22.

Von der Art aber waren im Allgemeinen die Verhältnisse des vorliegenden Falles. Es wurden Bauarbeiten in dem vom Kläger bewohnten Hause und zwar, soweit sie dermalen noch in Betracht kommen, in derjenigen Abtheilung dieses Hauses vorgenommen, die sich in der Detention des Klägers befindet. Die beklagtische Erblasserin konnte daher — abgesehen von besonderen, eine Ausnahme begründeten Momenten — darauf rechnen, daß dem Kläger ihre Intention, bauliche Neuerungen in der bezeichneten Abtheilung des fraglichen Hauses vorzunehmen, nicht verborgen bleiben werde. Und

wenn auch die solchergestalt vorauszusetzende Wissenschaft des Klägers vorläufig nur eine allgemeine war und keineswegs ohne Weiteres das Endziel und den Umfang der beabsichtigten Neuerung umfaßte, so durfte doch, vermöge des zwischen den Betheiligten obwaltenden Vertragsverhältnisses die beklagtische Erblasserin weiter erwarten und voraussetzen, der Kläger werde, insofern er irgend ein Bedenken gegen Ausführung der Neuerung habe, von seinem in dem Vertrage begründeten Rechte über dieselbe nähere Auskunft zu verlangen, Gebrauch machen. Es kann also auch in dieser Richtung ihr Verfahren als ein heimliches nicht betrachtet werden und fragt sich nur noch

b) ob man, mit dem Kläger, in concreto einen besonderen, die Clandestinität begründenden Umstand darin finden kann, daß die Arbeiten unter der Erde in einem leer stehenden Keller vorgenommen worden seien.

Allein abgesehen von der Unklarheit, die in das ganze Verhältniß dadurch kommt, daß Kläger zugegeben hat, vor Vollendung der Neuerung Kenntniß von derselben erlangt zu haben, und man nicht zu ersehen vermag, ob zur Zeit, wo er diese Kenntniß zuerst erhalten, die Arbeiten schon über das Stadium einer bloßen Vorbereitung hinausgediehen waren, so ist des Klägers eigene Angabe über Absperrung des Kellers mittelst eines auf der Straße errichteten Bretterverschlags gegen ihn entscheidend. Daß überhaupt, und daß namentlich auch an den Kellerabtheilungen, welche der Kläger inne hatte, bauliche Veränderungen vorgenommen werden sollten, war hierdurch offen und in einer für Jedermann verständlichen Weise zu erkennen gegeben, und wenn Kläger es unterließ, sich über den Umfang und das Endziel dieser Erneuerung nähere Auskunft zu verschaffen, so kann darin, mit Rücksicht insbesondere auf sein vertragsmäßiges Recht solche Auskunft zu verlangen, nur ein eigenes Verschulden gefunden, nicht aber das Verfahren der beklagtischen Erblasserin dadurch zu einem heimlichen gestempelt werden. Der Kläger hat zwar noch

2) den Versuch gemacht, die erhobene Klage als das Interdictum quod vi aufrecht zu erhalten. Allein damit kann er nicht durchdringen. Das Interdictum quod vi findet bekanntlich nur dann statt, wenn die Neuerung gegen ein Verbot (prohibitio) unternommen

worden ist. Von einem erfolgten Verbote ist aber in der Klagschrift mit keinem Worte die Rede, namentlich kann man auch die Bemerkung: die beklagtische Erblasserin habe die fraglichen Veränderungen „eigenmächtig" unternommen, dem Zusammenhange nach, nicht auf eine vorausgegangene Prohibition, sondern nur darauf beziehen, daß, ohne vorher anzufragen und die Einwilligung des Miethers einzuholen, zu der Neuerung geschritten worden sei.

Demzufolge aber kann die erst in der Replik aufgestellte, übrigens auch in mehrfacher Beziehung unbestimmte Behauptung, daß Kläger, sobald er von der Neuerung Kenntniß erhalten, Widerspruch gegen dieselbe eingelegt habe, nicht als eine bloße Erläuterung oder Verbesserung eines in der Klagschrift bereits geltend gemachten, sondern sie muß als unstatthafte Nachschiebung eines neuen factischen Klaggrundes angesehen werden und deßhalb für den vorliegenden Prozeß unberücksichtigt bleiben. Die Abweisung der Klage, soweit sie als Interdictum quod vi aufrecht erhalten werden soll, war hiernach ebenfalls geboten. Es konnte dieselbe jedoch nur eine Abweisung angebrachtermaaßen sein.

182.

Hermann Wertheimer zu Rödelheim, Kläger gegen **Johannes Schweickardt** zu Niederrad, Beklagten, Lieferung von 20 Wiesbadener Spielbank-Actien betreffend.

Vorbemerkung.

Der Cedent des Klägers, Mandelbaum, hat am 12. Februar 1858 von dem Beklagten die Lieferung von 20 Stück Wiesbadener Spielbank-Actien per ult. März zum Curse von 136 fl. bedungen. Diese Actien haben am 12. Februar 1858 einen Tagescurs von 143 fl. und ult. März einen solchen von 168 fl. gehabt. Die Lieferung der genannten Actien ist zu der verabredeten Zeit nicht erfolgt. Der Cessionar des Mandelbaum, der rubricirte Kläger, hat daher alsbald aus jenem Lieferungs-Geschäfte gegen den Beklagten bei dem Stadtgerichte Klage erhoben und beansprucht:

1) Lieferung der erwähnten Actien und

2) — auf Grund der mora des Beklagten als Entschädigung wegen nicht rechtzeitiger Lieferung — Zahlung der Differenz zwischen dem Contracts- und dem Börsen-Preise per ult. März. Das Stadtgericht hat unter Verwerfung der vorgebrachten Einreden zu 1 dem Klagantrage gemäß, und zu 2 auf definitive Abweisung des Klägers erkannt. Dieses Erkenntniß wurde auf beiderseitige Appellation von dem Appellationsgerichte zu 1 bestätigt, zu 2 aber Beklagter — verurtheilt, den dem Kläger durch die seit ult. März bestehende Säumniß erwachsenden Schaden vorgängiger Liquidation zu ersetzen. Die Appellation des Beklagten hat zu einem unter dem 28. December 1858 erlassenen, das appellationsgerichtliche Urtheil vollständig bestätigenden, Urtheile des Ober-Appellationsgerichts geführt, dessen Entscheidungsgründe folgendermaßen lauten:

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

I. Der Beklagte hat der wegen Lieferung von 20 Actien der Wiesbadener Spielbank wider ihn erhobenen Klage drei Exceptionalmomente opponirt, und diese bis in die gegenwärtige Instanz geltend gemacht.

1). Der am 12. Februar 1858 zwischen ihm und dem Cedenten des Klägers, Samuel Mandelbaum, geschlossene Handel über die Lieferung der vorgenannten Actien per ult. März, zum Curse von 136 fl. verhülle einen Wucher. Durch jenes Geschäft sei nämlich dem Mandelbaum, da am 12. Februar die Actien zu 143 fl. notirt gewesen und am 31. März sogar auf 168 fl. gestiegen seien, ohne Weiteres ein Vortheil von 140 fl. und später sogar 640 fl. zugewendet worden, während es unter den Contrahenten nur darauf angekommen sei, dem Mandelbaum eine Vergütung dafür zukommen zu lassen, daß er dem Beklagten ein am 12. Februar fälliges Darlehen von 500 fl. noch ca. 7 Wochen über jenen Zeitpunkt hinaus prolongire.

Diese Anführung haben die vorigen Richter mit Recht verworfen. Denn wenn auch — was eventuell von dem Beklagten hätte bewiesen werden müssen — das Geschäft über die 20 Actien so, wie von ihm angegeben, mit der Darlehens-Prolongation in Verbindung gestanden haben sollte, so könnte doch nach demjenigen, was unbestritten vorliegt, eine wucherische Uebervortheilung des Beklagten hier nicht angenommen werden.

Ohne Zweifel kann unter Umständen ein eingegangenes ferneres Geschäft die Bestimmung haben, und wirklich dazu benutzt werden, um für ein bewilligtes Darlehen gesetzwidrige Vergütungen stattfinden zu lassen, und wo dieß der Fall ist, da wird der Verkürzte berechtigt sein, jenes Geschäft als ungültig anzufechten.

Allein hiezu bedarf es der Voraussetzung, daß der in Rede stehende Vortheil fest ausbedungen, nicht aber bloß möglich, wenn gleich in gewissem Grade wahrscheinlich sei. Hier konnte nun Ersteres nicht angenommen werden. Wie von dem Kläger behauptet und Seitens des Beklagten ausdrücklich anerkannt worden ist, übrigens auch aus der Natur des in Rede stehenden Gegenstandes von selbst

sich ergibt, ist der Curs der Spielbank-Actien ein schwankender. Der jeweilige Tagescurs gibt mithin keinen Maaßstab für den Werth ab, welchen die Actien nach mehreren Wochen haben werden. Wie sie bis dahin steigen können, so können sie auch fallen, und es widerstreitet somit dem beklagtischerseits anerkannten Thatbestande, wenn er behauptet, daß aus der Notirung der Actien vom 12. Februar die Gewißheit habe abgeleitet werden können, daß dem Mandelbaum durch das geschlossene Geschäft ein Vortheil von 140 fl., oder doch ein solcher, welcher den gesetzmäßigen Zinsfuß über 500 fl. auf 7 Wochen übersteige, zugesichert worden sei. — Was hier über die Irrelevanz des Tagescurses zur Zeit des Handels-Abschlusses gesagt worden ist, findet selbstverständlich auch Anwendung auf den Preisstand des Lieferungstages, dessen bedeutende Abweichung vom Contractspreise mithin im vorliegenden Falle rechtliche Wirkung auf die Gültigkeit des Handels nicht ausüben kann, vielmehr wegen der aleatorischen Natur des fraglichen Geschäfts bedeutungslos ist.

2) Der Handel über die Spielbank-Actien soll nichtig sein, weil Mandelbaum den Beklagten durch die Drohung, ihn im anderen Falle sofort auf Zahlung von 500 fl. zu belangen, zum Abschlusse desselben gezwungen habe. Diese Anführung bedarf keiner Widerlegung.

3) Das Geschäft über die 20 Spielbank-Actien sei durch falsche Vorspiegelungen Seitens des Mandelbaum erschlichen. Der Letztere habe den Beklagten versichert, ein erhebliches Steigen der Actien sei unwahrscheinlich. Gleichwohl habe er gewußt, daß eine Dividende von 25 pCt. auf die Actien in Aussicht stehe, ein Umstand, welcher ihm, dem Beklagten, unbekannt gewesen sei.

Mit den vorigen Richtern ist hier anzunehmen, daß nach der eigenen Darstellung des Beklagten nur unverbindliche Aeußerungen (sogenannte Anpreisungen) in demjenigen, was von dem Mandelbaum erklärt worden sein soll, erblickt werden können, wie denn auch der Beklagte bei dem vorliegenden Geschäft keinen Anspruch darauf hatte, daß sein Mitcontrahent ihm alle diejenigen Umstände mittheile, welche nach dessen Meinung für die Beurtheilung des künftigen Preisstandes der Actien maaßgebend seien. Im Handel und zwar auch bei Fonds- und Actien-Geschäften hat jeder Contrahent die

Aufgabe zu lösen, durch Anwendung von Aufmerksamkeit, Betriebsamkeit und Scharfsinn eine möglichst zuverlässige Ansicht über die künftigen Conjuncturen sich zu verschaffen und darnach sein Verhalten beim Contrahiren einzurichten, auf Unterstützung Seitens des anderen Theils hat er hierbei nicht zu rechnen, und nur da, wo entweder durch gesetzliche Vorschrift die Mittheilung von Umständen, welche dem anderen Theile unbekannt sind, zur Pflicht gemacht ist, oder wo ausnahmsweise der Gang der Verhandlung ein Recht des betreffenden Contrahenten auf vollständige Mittheilung des dem anderen Theil bekannten begründet, finden Ausnahmen hiervon statt. Weder von dem einen noch von dem anderen dieser beiden Fälle liegt aber hier Etwas vor.

In Uebereinstimmung mit den vorbemerkten Grundsätzen ist denn auch nicht nur von dem Ober-Appellationsgerichte, sondern auch von anderen höchsten Gerichtshöfen Deutschlands erkannt worden.

Vergl. z. B. Seuffert, Archiv. Bd. 8 S. 59. Bd. 11 S. 35.

II. So grundlos es gewesen ist, wenn der Kläger in seiner, sofort nach dem Lieferungstage angestellten Klage, außer der Lieferung der 20 gekauften Actien selbst, auch den Unterschied zwischen dem damaligen Börsen- und dem Contractpreise gefordert hat, ebenso gewiß ist es, daß wenn der Preis der Actien zu der Zeit, wo es zur schließlichen Erledigung dieses Gegenstandes kommen wird, gegen denjenigen des 31. März 1858 gefallen sein sollte, der Beklagte diese Differenz dem Kläger zu vergüten haben würde, so daß das Appellationsgericht mit Recht dem Erkenntniß des Stadtgerichts einen dahin gerichteten Zusatz beigefügt hat. — Wenn der Beklagte hiegegen Beschwerde führt, so stützt er sich dabei im Wesentlichen nur auf den formellen Grund, daß der Kläger einen hierauf gerichteten Antrag nicht schon bei der Klage gestellt habe. Nun steht ihm aber hierbei entgegen, daß der Kläger ausdrücklich in der Klage den Beklagten für den Fall einer sich ferner herausstellenden Cursdifferenz in Anspruch genommen hat.

III. Die vom Appellationsgericht getroffene Bestimmung wegen der Prozeßkosten ist der Sachlage völlig entsprechend.

Da somit sämmtliche Beschwerden des Beklagten als unbegründet sich herausstellten, so mußten ihn auch die Kosten der gegenwärtigen Instanz treffen.

183.

Philipp Ettling, Erben, zu Bockenheim, Kläger gegen **F. Fritz,** Wittwe, geb. Lenz, Beklagte, wegen Forderung.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 7. August 1857.

In Erwägung, daß

1) — — — — — — — — — — — — — — — —

2) zur Sache selbst die gegen die Wittwe Fritz gerichtete Klage darauf gegründet wird, daß

a) der verstorbene Gastwirth Friedrich Fritz die fraglichen Schreinerarbeiten für sich und seine Ehefrau, nämlich nach der in der Replik gegebenen Erörterung als Stellvertreter und Geschäftsführer seiner Ehefrau, bei dem Kläger bestellt habe, und daß

b) diese Arbeiten zum Vortheil und Nutzen der Fritz'schen Ehefrau gereicht hätten, weil diese die Eigenthümerin des Neubaues, in welchen die Arbeiten geliefert worden, sowie überhaupt des Wirthschaftslocals gewesen sei, in welchem sie die Wirthschaft als besonderen Nahrungszweig betrieben habe, sowie daß

c) das Stadtgericht in Sachen Fritz ux. ca. Fritz cur. mass. unter dem 1. December 1841 erkannt habe, Frau Fritz habe für alle Schulden aufzukommen, welche von ihrem Ehemann zum Nutzen und Besten der im Fritz'schen Garten betriebenen Wirthschaft, namentlich zum Behuf der Erbauung und Herstellung der Wirthschaftslocalitäten ꝛc. contrahirt worden seien;

3) aus den Anlagen 2 — 5 zur Klage hervorgeht, daß der verstorbene Fritz, keineswegs aber dessen Ehefrau, mit dem Kläger contrahirt hat, wie denn auch Kläger nur den ersteren als seinen Schuldner ansah, nur diesen, ausweislich der Acten: Ettling ca. Fritz de

1840, auf Zahlung belangte und in neuerer Zeit diese Klage auch noch gegen die Fritz'schen Erben fortsetzte, unter diesen Umständen es aber ganz gleichgültig ist, ob Kläger den verstorbenen Fritz für den Eigenthümer des Neubaues gehalten oder nicht, und auf einen etwaigen deßfallsigen Irrthum des Klägers gar nichts ankommen kann, weil ein solcher Irrthum, in Bezug auf die Beweggründe zum Contract, doch höchstens nur dem Contrahenten Fritz gegenüber in Frage zu ziehen wäre, in Bezug auf die Fritz'sche Ehefrau aber, gegen welche Kläger keinenfalls eine Contractsklage hat, völlig irrelevant erscheint;

4) die Behauptung der Beklagten, daß überhaupt der Ehemann, welcher die Lasten der Ehe zu tragen habe, wegen der von ihm contrahirten Schulden allein zu belangen sei und gegen die Ehefrau keine actio de in rem verso statthabe, in dieser Allgemeinheit irrig ist und, abgesehen von den in dieser Hinsicht vom gemeinen Recht abweichenden hiesigen Statuten, jedenfalls im vorliegenden Fall nicht Platz greift, wo es sich keineswegs um Schulden, die zum Zweck der Ehe contrahirt werden, um ehegesellschaftliche Schulden,

Vergl. Thibaut, System, 8te Auflage § 368,

sondern um eine Separatschuld der Ehefrau handelt, welche geständigermaßen alleinige Eigenthümerin des gesammten Wirthschaftslocals und insbesondere des neu erbauten Saales ist;

5) eine versio in rem aber hier offenbar vorliegt, indem die Beklagte nicht läugnen konnte, daß die von dem Kläger gelieferten Arbeiten keineswegs bloße Verschönerungen oder Verzierungen bezweckt, sondern, in den neuen Saal verwendet, zur Vergrößerung des Geschäftes gedient und der Beklagten sonach einen dauernden Vortheil und Nutzen gebracht haben, und es sonach keinem Zweifel unterliegen kann, daß die Beklagte um den Mehrwerth des Hauses auf Kosten des Klägers, welcher Material und Arbeit zu dem Neubau lieferte, bereichert ist;

6) die Beklagte, obwohl sie nicht Erbin ihres verstorbenen Ehemannes geworden ist, vielmehr nach dessen Tode ihr Vermögen separirt hat, doch dem Kläger, soweit der ihr aus dem Vermögen des Klägers zugegangene Vortheil reicht, d. h. für die hier eingeklagte Material- und Arbeitsforderung verhaftet ist, weil

a) wenn man auch der Ansicht beipflichten wollte, daß die actio de in rem verso nur dann stattfinde, wenn irgend ein Stellvertreter oder Repräsentant des Bereicherten mit einem Dritten contrahirt hat,

Sintenis, Civilrecht, Bd. II. S. 372,

Puchta, Pandekten, § 279,

Savigny, Oblig.-Recht, Bd. II. S. 31—33,

oder wenn man

b) der Ansicht anderer Rechtslehrer beitreten wollte, daß die erwähnte Klage nur dann statt habe, wenn ein Geschäftsführer des Bereicherten mit einem Dritten contrahirt hat und daraus eine Version für den Geschäftsherrn sich ergab,

Sell, Versuche, Theil I. S. 43 seq.,

Wening-Jugenheim, Civilrecht, Buch III. § 66,

im Fragefall der Fritz'sche Ehemann offenbar als Geschäftsbesorger und Stellvertreter seiner Ehefrau, deren gesetzlicher Vermögensverwalter er ist, erscheinen würde, wobei noch zu berücksichtigen, daß Kläger die von dem Friedrich Fritz bestellten Arbeiten unter den Augen und offenbar mit Zustimmung der Fritz'schen Ehefrau ausgeführt hat; und weil ferner, ganz abgesehen von dieser Stellvertretung und Geschäftsführung des Ehemannes

c) nach der bestimmten, gerade den hier vorliegenden Fall begreifenden Vorschrift der

l. 14. C. de negotiis gestis 2, 19

es gar keinem Zweifel unterliegen kann, daß der Kläger sowohl gegen den Ehemann als Besteller mit der actio mandati contraria, als gegen die Ehefrau als Eigenthümerin, deren Geschäft er besorgt hat, sogar mit der actio negotiorum gestorum klagen konnte —

Seuffert, Archiv, Bd. 8 Nr. 258;

7) Kläger auch mit Recht sich auf das sub 2c oben erwähnte stadtgerichtliche Erkenntniß berufen hat, weil das von dem Fritz'schen Contradictor rechtskräftig gegen die Ehefrau Fritz erstrittene Princip auch den bei der Fritz'schen Concursmasse angemeldet habenden

Gläubigern, wozu der Kläger gleichfalls gehört, zu gut kommen muß; nach allem diesem aber

8) Beklagte, welche die eingeklagte Forderung an sich dem Betrage nach in keiner Weise bestritten und eben so wenig behauptet hat, daß ihr verstorbener Ehemann oder dessen Erben die fragliche Schuld ganz oder theilweise bezahlt hätten, lediglich sachfällig erscheint;

aus diesen Gründen wird für Recht erkannt:

I. Kläger hat binnen vierzehn Tagen, der Streitkosten wegen, Caution zu leisten — — — — — — — — — — —

II. Die Erfüllung dieser Auflage vorausgesetzt, wird in der Sache selbst die Beklagte verurtheilt, binnen annoch vorzuberaumender Frist den eingeklagten Betrag von 616 fl. 50 kr. nebst Verzugszinsen zu 5 pCt. seit dem Tage der mitgetheilten Klage — 30. April l. J. — und Streitkosten, letztere vorgängiger richterlicher Feststellung, an den Kläger zu bezahlen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 5. October 1857.

Auf Appellation der Beklagten.

In Erwägung, daß

1) die in den Anlagen zur Klage verzeichneten Arbeiten unbestrittenermaaßen zum Vortheil der Beklagten in den derselben eigenthümlich zugehörigen Wirthschaftslocalitäten von dem Kläger ausgeführt worden sind, daß

2) der Ehemann der Beklagten diese Arbeiten dem Kläger in Bestellung gegeben, und somit, da nicht behauptet worden ist, daß ihm hierzu von der Beklagten ein Auftrag ertheilt worden war, als negotiorum gestor derselben gehandelt hat, daß hiernach

3) der Kläger, wenn er auch nicht mit der Beklagten selbst, sondern mit ihrem Ehemanne in eigenem Namen contrahirt hat, dennoch zufolge:

C. 7. § 1. C. quod cum co qui in alien. 4, 26.

C. 14. C. de negot. gest. 2, 29.

§ 4. Just quod cum co qui in alien. 4, 7.

vollkommen berechtigt ist, von der Beklagten für jene, zu ihrem Nutzen hergestellten, Arbeiten die Zahlung des in der Klageschrift berechneten, seinem Betrag nach nicht bestrittenen, Forderungsrestes mit der actio de in rem verso

Urtheil des Ober=Appellationsgerichts in Lübeck vom 21. Juli 1821 in Seuffert, Archiv, Bd. IV. Nr. 221.

zu verlangen, daß

4) der erhobenen Klage der Umstand, daß die Forderung des Klägers bereits gegen den Ehemann der Beklagten eingeklagt worden ist, nach

C. 14. C. de negot. gest. 2, 19.

l. 3. § 11. D. de negot. gest. 3, 5.

nicht entgegensteht,

Seuffert, Archiv, Bd. 8 Nr. 258.

im Uebrigen der Kläger sich schon in der Klagschrift bereit erklärt hat, denjenigen Betrag, den er etwa von den Erben des Ehemannes der Beklagten erhalten sollte, an der jetzt eingeklagten Forderung in Abzug zu bringen, daß demzufolge

5) die in dem angefochtenen Erkenntniß ausgesprochene Verurtheilung der Beklagten zur Zahlung des eingeklagten Betrags vollständig gerechtfertigt ist,

wird die erhobene Berufung, unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten dieser Instanz, verworfen.

Diese Erkenntnisse wurden auf Appellation der Beklagten durch Urtheil des Ober=Appellationsgerichts vom 15. Januar 1859, unter Verurtheilung der Appellantin in die Kosten, bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Das angefochtene Erkenntniß mußte, im Wesentlichen aus den Gründen der vorigen Richter, und ohne daß es eines Eingehens auf das eventuelle in res judicata gesetzte Klagfundament bedürfte, bestätigt werden.

A. In thatsächlicher Hinsicht sind, unter Berücksichtigung des Inhalts der adjungirten Acten, folgende Punkte als feststehend anzusehen:

1) Die in den Rechnungen [4] [5] [6] der Stadtgerichts-Acten verzeichneten Schreiner-Arbeiten sind sämmtlich auf Bestellung des Ehemannes der Beklagten verfertigt, resp. geleistet worden. Ausdrücklich ist zwar in der Klagschrift von einem zwischen Fritz und dem klägerischen Erblasser geschlossenen Vertrage nur in Betreff der Arbeiten in [4] die Rede; von denen in [5] und [6] heißt es lediglich: sie seien geliefert worden. Allein, wie schon der Ausdruck „liefern" auf eine vorgängige Bestellung hinweist, so hat namentlich auch die Beklagte den Sachverhalt dahin aufgefaßt, daß sämmtlichen Arbeiten eine Bestellung ihres Ehemannes zu Grunde liege.

Die vorigen Gerichte sind ihr in dieser Annahme gefolgt, und gegen die Richtigkeit derselben ist auch in gegenwärtiger Instanz nicht der entfernteste Zweifel erhoben worden.

2) Die Arbeiten bestehen im Allgemeinen in Anfertigung, resp. Wiederherstellung von Pertinenzstücken (als Thüren, Fenstern, Lamperien, Treppen und dergl. m.) zu Gebäuden, die auf einem der Beklagten eigenthümlich zugehörigen und auf ihren Namen gewährten und transscribirten Grundstücke stehen, und zum Betriebe der Wirthschaft, auf welche die Beklagte für ihre Person concessionirt gewesen, benutzt worden sind. Es haben namentlich die Arbeiten in [4] und [5] und ein Theil derjenigen in [6] der Stadtgerichts-Acten zur baulichen Vollendung eines neuen und neu eingerichteten Saales der Wirthschaft, die übrigen zur Herstellung, resp. Verbesserung der sonstigen Wirthschafts-Localitäten gedient; nur einige wenige Posten betreffen Arbeiten an Mobilien, resp. reine Dienstleistungen zum Gesammt-

betrage von 10 fl. 24 kr. Von diesen darf indeß vorliegend ganz abstrahirt werden. Es sind auf die drei Rechnungen im Ganzen bereits 1228 fl. 24 kr. bezahlt. Klägerischer Erblasser hat in der Klagschrift bemerkt: er dürfe diese Zahlung abrechnen auf welche Forderung er wolle, und wenn er dann daraus, daß die Arbeiten in den Neubau der Beklagten verwendet worden, die Zahlungsverbindlichkeit der Letzteren hergeleitet, so hat er eben damit seine Intention bekundet, jene Zahlung zunächst auf diejenigen Posten in Anrechnung zu bringen, denen der hervorgehobene Charakter nicht beiwohnt. Hiergegen ist denn auch kein Widerspruch erfolgt. Vielmehr geht die Beklagte ebenso, wie die beiden vorigen Gerichte, in Uebereinstimmung mit den Klägern davon aus, daß die Arbeiten, um die es sich im gegenwärtigen Prozesse handelt, an den ihr eigenthümlich gehörenden Wirthschaftsgebäuden ausgeführt worden sind.

3) Die Arbeiten in [4] und [5] erscheinen — nach der Ueberschrift von [3] zu schließen — im Jahre 1838 ausgeführt zu sein; die Zeit der übrigen erhellt nicht genau. Soviel aber ist außer Zweifel, daß die Leistung aller in Frage stehenden Arbeiten in diejenige Zeit fällt, wo die Beklagte, unter Assistenz ihres Ehemannes, auf Grund der unter 2) erwähnten Concession eine Gastwirthschaft in den ebendaselbst bezeichneten Localitäten betrieben hat.

4) Den Preis-Ansätzen der Rechnung [4] liegt nach der klägerischen Darstellung eine zwischen dem klägerischen Erblasser und dem Ehemanne der Beklagten getroffene Uebereinkunft zu Grunde, und denjenigen der Rechnung [5] eine stillschweigende Erstreckung dieser Uebereinkunft auf weitere mit den accordirten unmittelbar zusammenhängenden Arbeiten. — Ueber den Grund der Ansätze in [6] ist ausdrücklich nichts gesagt. Es darf aber als selbstverständlich angesehen werden, daß die Angemessenheit und Ueblichkeit dieser Preise hat behauptet werden sollen. — Alle diese Fundamente müssen nun, beim Mangel einer bestimmten und speciellen Erklärung über dieselben, für eingestanden erachtet werden. Die Bemerkung der Beklagten: „sie sei in der Unmöglichkeit, sich über die Forderung an sich zu erklären, weil sie weder contrahirt habe, noch Rechtsnachfolgerin ihres Mannes geworden sei; sie wisse nur, daß der Letztere bei seinen Lebzeiten viele Einzelheiten der klägerischen Forderung contestirt habe;“

verdient um so weniger Berücksichtigung, als Beklagte durch Einsicht der zwischen ihrem Ehemanne und dem klägerischen Erblasser verhandelten Acten sich eine nähere Kenntniß der von Jenem gegen die vorliegenden Rechnungen erhobenen Monita verschaffen konnte.

B. Die hier zusammengestellten Thatsachen rechtfertigen die Annahme, daß Beklagte, auf Grund vorliegender versio in rem, zur Zahlung des eingeklagten Forderungsrestes schuldig sei. Das Ober-Appellationsgericht hat, außer in der von den vorigen Richtern angeführten, auch noch in einer späteren nach Frankfurt ergangenen Entscheidung:

Almsen ca. Kaiser'sche Debitmasse 1852, *)

sich für die Ansicht ausgesprochen und muß daran festhalten, daß eine actio de in rem verso utilis dann stattfindet, wenn Jemand als Geschäftsführer eines Dritten mit einem Anderen contrahirt hat und das von Letzterem auf Grund dieses Contractes Geleistete in das Vermögen jenes Dritten gekommen ist. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

1) Nach dem oben unter A. 2 und 3 festgestellten Charakter der fraglichen Arbeiten ist es klar, daß Fritz, indem er dieselben ausführen ließ, materiell ein Geschäft seiner Ehefrau, der Beklagten, besorgt hat. Ob er dem klägerischen Erblasser, als er mit demselben contrahirte, zu erkennen gab, daß die Beklagte die eigentliche domina negotii sei, ist für die Frage, wessen das Geschäft war, welches er besorgte, ganz irrelevant. Ebensowenig aber genügt die Verschweigung jenes Umstandes zur Rechtfertigung des von der Beklagten gezogenen Schlusses, daß ihr Ehemann die fragliche Angelegenheit doch jedenfalls nicht als die ihrige, sondern als seine eigene habe behandeln wollen. — Der Regel nach muß bei demjenigen, der ein fremdes Geschäft mit dem Bewußtsein, daß es ein solches ist, und ohne den animus donandi, für den im gegenwärtigen Falle Nichts vorliegt, besorgt, auch der Wille angenommen werden, es als ein fremdes (contemplatione domini) zu besorgen. Daß er dritten Personen, mit denen er zu thun hat, seine Eigenschaft als negotiorum gestor nicht zu erkennen gibt, kann viele andere Gründe haben, und erklärt

---

*) Siehe Band I. S. 231 dieser Sammlung.

sich jedenfalls vorliegend hinlänglich durch das eheherrliche Verhältniß, in welchem Fritz zur domina negotii stand. An jenem Bewußtsein aber, daß es sich um Geschäfte der Beklagten handle, ist bei deren Ehemanne unter den obwaltenden Verhältnissen nicht zu zweifeln. Wenn der klägerische Anwalt einmal geäußert hat, Fritz habe sich unrechtmäßiger Weise als Eigenthümer des Hauses angesehen, so kann dieß im Beihalt der kurz vorausgegangenen Behauptung, „Fritz habe sich unrechtmäßiger und hinterlistiger Weise für den Eigenthümer ausgegeben," nur dahin verstanden werden, daß Fritz, nach Außen hin, ganz wie der Eigenthümer aufgetreten sei.

2) Nach den übereinstimmenden Erklärungen der Partheien steht allerdings fest, daß Fritz weder ausdrücklich für die Beklagte contrahirt hat, noch auch stillschweigend in der Art, daß sein Mitcontrahent gemeint hat und meinen konnte, Fritz wolle Namens und für seine Ehefrau mit ihm contrahiren. Vielmehr hat der klägerische Erblasser den Vertrag mit Fritz selbst abgeschlossen und nur mit ihm abschließen wollen, in der irrthümlichen Voraussetzung und Meinung allerdings, daß dieser der Eigenthümer der fraglichen Localitäten sei. Es muß jedoch bei der gegenwärtig allein in Rede stehenden actio de in rem verso der Punkt, ob der negotiorum gestor seinen Mitcontrahenten von dieser seiner Eigenschaft in Kenntniß setzte oder der Letztere doch bei Abschließung des Vertrages Wissenschaft davon hatte, daß es sich um das Geschäft eines Dritten handle, nach der hier maaßgebenden

L. 7 § 1. Cod. quod. cum eo. (4, 26),

für gleichgültig erachtet werden. Denn, will man auch, auf Grund der Worte:

„et ejus personam elegisti,"

voraussetzen, daß in dem der getroffenen Entscheidung unterliegenden concreten Falle der Contrahirende gewußt habe, nicht sein Mitcontrahent, sondern ein Dritter sei der eigentliche dominus negotii, so liegt doch jedenfalls in dieser seiner Wissenschaft nicht der entscheidende Grund für die ihm gewährte Möglichkeit, sich an jenen dritten Bereicherten halten zu können. Vielmehr wird man umgekehrt folgern müssen: Wenn die actio de in rem verso sogar in dem Falle gegen den dominus negotii gegeben ist, daß der dritte Contrahent denselben

kennt, jedoch ihn sich nicht obligiren will, vielmehr mit seinem animus obligandi ganz und gar an den contrahirenden negotiorum gestor sich hält, so muß sie um so mehr dann Platz greifen, wenn er, ohne von der negotiorum gestio Kenntniß zu haben, mit dem gestor nur deßhalb contrahirt, weil er diesen für den dominus negotii ansieht.

arg. L. 5 § 1. L. 6, 8. Dig. de neg. gest. 3, 5.

3) Beklagte hat zwar die Nothwendigkeit der fraglichen Arbeiten bestritten. Es kommt aber darauf in concreto nicht an, indem auch bei nicht nothwendigen Anschaffungen und Leistungen der dominus mit der actio de in rem verso jedenfalls insoweit auf Ersatz in Anspruch genommen werden kann, als er durch den wahren Werth derselben bereichert worden ist.

L. 5 pr. Dig. de in rem verso (15, 3).

Vergl. auch L. 6 § 3 und 6 in f. Dig. de neg. gest. (3, 5).

Daß vorliegend überhaupt eine Bereicherung der Beklagten statt gefunden hat, liegt auf der Hand und wird von ihr selbst zugestanden, indem sie es „in facto bestehen" läßt, „daß die Arbeiten ihr zu Statten gekommen seien, zu ihrem Vortheil, zu ihrem Nutzen gereicht hätten."

Es fragt sich nur, wie hoch diese Bereicherung anzuschlagen, und diese Frage kann hier — wo es sich um bleibende, die fraglichen Gebäude ihrer Bestimmung gemäß verbessernde, bauliche Einrichtungen handelt und Nichts vorliegt, was zu einer beschränkteren Auffassung Anlaß geben könnte — nur dahin beantwortet werden, daß die Beklagte Eigenthümerin jener Gebäude um eben den Geldbetrag bereichert worden ist, der aufgewendet werden mußte, um dergleichen Arbeiten herzustellen. Daraus folgt denn, unter Berücksichtigung der oben unter A. 4) hervorgehobenen Momente:

a) Soweit für die gelieferten Arbeiten die angemessenen und üblichen Preise gefordert worden — also hinsichtlich der Rechnung [6] der Stadtgerichts-Acten — fällt die Bereicherung der Beklagten von selbst mit den klägerischen Preis-Ansätzen zusammen.

b) Bei den Preisen, die unmittelbar oder mittelbar auf Accord beruhen — also hinsichtlich der Rechnungen [4], [5] der Stadtge-

richts=Acten — ist allerdings nicht ohne Weiteres das, was der Ehemann der Beklagten versprochen, sondern es ist nur der wahre Werth der Arbeiten für die Bereicherung der Beklagten maaßgebend. Indessen darf man, daß Fritz bei Besorgung der Geschäfte seiner Frau, bei denen er zugleich ein mittelbares eigenes Interesse hatte, diligenter verfahren und die Preise dem wirklichen Werthe der bestellten Arbeiten entsprechend accordirt habe, vorliegend um so mehr unterstellen, als die Beklagte den Preis=Ansätzen einen irgend beachtenswerthen Widerspruch nicht entgegengesetzt hat.

c) Ist, dem Vorstehenden zufolge, die Klage an sich für begründet und erwiesen zu erachten, so fragt es sich nur noch, ob dieselbe durch Einreden elidirt sei. Als Einrede könnte aber höchstens die Ansicht der Beklagten in Betracht kommen, daß Kläger in Folge des mit Friedrich Fritz, des jetzt eingeklagten Objects, wegen geführten Prozesses sein Klagerecht gegen die dermalige Beklagte verloren habe. Zur Beseitigung dieser Ansicht genügt indessen schon der von den vorigen Richtern angeführte Grund, daß dem klägerischen Erblasser in der That ein doppeltes Klagerecht — sowohl gegen die Beklagte, als gegen deren Ehemann — zugestanden hat.

184.

Maria Marg. Victorine St., geb. **P.**, Klägerin gegen ihren Ehemann **C. A. W. St.**, Beklagten, wegen Ehescheidung, jetzt die Competenz der Frankfurter Gerichte betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 2. März 1857.

Klägerin selbst bezeichnet ihren Ehemann als Secretär bei der Cassenabtheilung hoher deutscher Bundesversammlung aus Passewalk im Königreich Preußen. Eine Zuständigkeit der hiesigen Gerichte gegen denselben mangelt daher schon wegen dieser seiner Exterritorialität. Wäre Beklagter aber auch nicht mehr als ein Beamter bei der Bundesversammlung, mithin nicht mehr als exterritorial zu betrachten, so fehlt die Zuständigkeit der hiesigen Gerichte gegen ihn darum, weil er einestheils Staatsangehöriger des Königreichs Preußen und anderntheils, nach der Klägerin eigener Darstellung, schon seit dem 24. Juni 1856 gar nicht mehr dahier wohnhaft ist, auch von ihr nirgend als dahier verbürgert bezeichnet wird, ganz abgesehen noch von der Frage, ob die hiesigen Gerichte über Trennung der Ehe eines preußischen Staatsangehörigen zu erkennen haben.

Vergl. Savigny Syst. Bd. 8. S. 324. fl. 337.

Aus diesen Gründen ist der gestellte Antrag abzuweisen und wird hiermit angebrachtermaaßen verworfen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 1. Mai 1857.

In Erwägung, daß

1) der Beklagte, welcher zur Zeit seiner Verheirathung mit der Klägerin als Secretär bei der Bundes-Cassenabtheilung angestellt war, so lange er diese Stelle bekleidet hat, als exterritorial, mithin als nicht dahier, sondern zu Passewalk im Königreich Preußen wohnhaft zu betrachten war,

Rotteck und Welcker, Staatslexicon unter dem Wort „Exterritorialität."

Note der Bundesversammlung an den Senat der freien Stadt Frankfurt vom 22. October 1816 in von Meyer, Staatsacten für Geschichte und öffentliches Recht des deutschen Bundes Bd. 2. S. 33.

daß zwar

2) dieses Dienstverhältniß im Juni v. J., nachdem sich der Beklagte zu dieser Zeit von hier entfernt hat, gelöst worden ist, derselbe auch in Folge der Auflösung dieses Dienstverhältnisses das Recht der Exterritorialität verloren hat, daß aber

3) der Beklagte, nach der eigenen Darstellung der Klägerin, seitdem nicht wieder hieher zurückgekehrt ist, derselbe daher seit seiner Verheirathung mit der Klägerin niemals seinen Wohnsitz dahier gehabt hat, daß

4) schon hiernach die Zuständigkeit der hiesigen Gerichte, ganz abgesehen von der Frage, ob dieselben die Trennung der zwischen zwei Ehegatten, die nicht beide dem hiesigen Staate angehören, bestehenden Ehe auszusprechen berechtigt sind, rücksichtlich der vorliegenden Klagsache nicht begründet ist, wird die erhobene Appellation abgeschlagen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 25. Januar 1858.

Erkannt:

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des

Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 1. Mai 1857 wieder aufzuheben, das Stadtgericht zur Verhandlung über die angestellte Klage für zuständig zu erachten und demgemäß von demselben das Geeignete darauf zu verfügen sei.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

A. Die Appellation der Klägerin gegen den stadtgerichtlichen Bescheid vom 2. März 1857 sowohl, wie gegen das bestätigende Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 1. Mai 1857, war bei der dermaligen Lage der Sache als Extrajudicial-Appellation aufzufassen. Nun hat die Klägerin zwar den Vorschriften über dieses Rechtsmittel zuwider in voriger wie in jetziger Instanz unterlassen, sofort bei der Einwendung ihre Beschwerden speciell aufzustellen. Allein da die in voriger Instanz bestätigte Entscheidung des Stadtgerichts lediglich in der Abweisung der Klage angebrachtermaaßen bestand, eine andere Beschwerde, als die hiegegen gerichtete, wie sie bei Einführung der Appellation voriger und jetziger Instanz wirklich aufgestellt worden ist, daher nicht wohl denkbar war, so durften die Förmlichkeiten der Appellation, wie es in Fällen der Art schon mehrfach geschehen ist, nothdürftig für gewahrt erachtet werden.

B. In der Sache selbst stellte sich die Beschwerde der Klägerin als begründet dar. Zwar bedarf der Versuch des klägerischen Sachführers, die Competenz der Frankfurter Gerichte aus den Regeln über das forum contractus herzuleiten, bei der Natur der vorliegenden, auf Ehescheidung gerichteten, Klage keiner Widerlegung. Dagegen war die Competenz vermöge des für den Beklagten in Frankfurt begründeten Wohnsitzes anzuerkennen. Es kann nämlich

I. der Zweifel der beiden vorigen Gerichte, ob die Zulässigkeit einer Ehescheidungsklage im Gerichtsstand des Wohnortes nicht durch die Eigenschaft des Beklagten als eines auswärtigen (Preußischen) Staatsangehörigen ausgeschlossen werde, nicht getheilt werden. Denn wie der Wohnort allein, ohne Rücksicht auf Heimath und Staatsangehörigkeit, die Herrschaft der Gesetze bestimmt, nach denen der Einzelne in allen Beziehungen des Personen- und Familienrechts

beurtheilt wird, so ist auch der Gerichtsstand des Wohnorts anerkanntermaaßen ein durchaus allgemeiner und bis auf wenige specielle Ausnahmen auf alle Arten von Klagen anwendbar. Scheidungsklagen machen gemeinrechtlich nicht nur keine Ausnahme, sondern müssen vielmehr, der Natur der Sache nach, als ausschließlich an das die Jurisdiction in Ehesachen ausübende Gericht des Wohnortes gehörig angesehen werden.

v. Savigny System Bd. 8. S. 337.

Daß in Frankfurt ein abweichender Grundsatz gelte, dafür findet sich weder in den älteren Gesetzen über Jurisdiction noch in den Schriftstellern über das Frankfurter Recht die mindeste Andeutung, und auch die adjungirten Acten der Sache Jäger wider seine Ehefrau $18^{53}/_{54}$ bieten keinen Beleg dafür dar. Es würde aber ohnehin die Annahme, daß außer dem Wohnort auch noch Staatsangehörigkeit erfordert werde, mit dem praktischen Bedürfniß entschieden in Widerspruch stehen, da die Staatsangehörigkeit für sich allein weder ein forum generale noch einen besonderen Gerichtsstand für Ehesachen begründet, es also für den Fall, daß Wohnort und Staatsangehörigkeit nicht zusammenfielen, an einem Gerichtsstand für Scheidungsklagen überhaupt fehlen würde.

Hiernächst ergibt sich aus den Acten

II. daß in der Person des Beklagten die factischen Voraussetzungen vorliegen, aus denen nach allgemeinen Regeln das Vorhandensein seines Wohnsitzes in Frankfurt geschlossen werden muß.

Derselbe war laut der von der Klägerin in erster und zweiter Instanz beigebrachten Documente seit 1853 Secretär bei der Cassen-Abtheilung der deutschen Bundesversammlung und aus dem unten näher zu erwähnenden Bundesbeschluß vom 6. Mai 1841 geht hervor, daß Beamte dieser Art der Regel nach bleibend auf Wohlverhalten angestellt werden. Beamte haben aber an dem ihnen durch ihr Amt angewiesenen Aufenthaltsort ein nothwendiges Domicil. Außerdem hatte der Beklagte sich im Mai 1853 mit der Klägerin, einer Frankfurter Bürgerstochter, in Frankfurt verheirathet und damit zugleich die Gründung eines ordentlichen, selbstständigen Haushaltes verbunden. Auch war laut eines in jetziger Instanz producirten Attestes der Stadt-Canzlei vom 13. Juni 1857 nicht nur

der Klägerin auf ihre vor der Verheirathung gestellte Bitte die Beibehaltung ihres Frankfurter Bürgerrechts gewährt worden, sondern der Beklagte hat auch später für sich um Aufnahme in den dortigen Bürgerverband nachgesucht, und ist ihm durch Rathschluß vom 13. Juli 1854 das Bürgerrecht „auf die mit der Klägerin vollzogene Ehe" nur unter der (zur Zeit nicht erfüllten) Auflage seiner landesherrlichen Entlassung zugesichert worden.

Nach allen diesen Umständen ist es klar, daß Frankfurt für den Beklagten der Ort war, wo er fest und dauernd seine Lebensverhältnisse fixirt hatte, ubi larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituerat.

l. 203. D. de verb. signif.

l. 7. C. de incolis. (10, 39).

Auch kann es keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn auf solche Weise einmal ein Wohnsitz begründet war, derselbe, ungeachtet des Umstandes, daß der Beklagte sich im Juni 1856 heimlich von Frankfurt entfernt hat, nicht wieder dahin zurückgekehrt sein soll und sein dermaliger Aufenthalt unbekannt ist, als factisch noch fortdauernd angesehen werden mußte, da eben wegen der Ungewißheit über den Zweck der Entfernung und über den jetzigen Aufenthalt des Beklagten, sowie bei dem Zurücklassen seiner Familie in Frankfurt von einem erweislichen Aufgeben des bisherigen Domicils und der dazu nöthigen positiven Willensbestimmung nicht die Rede sein kann,

vergl. Frankf. Präjud. Ehrmann Ehefrau 1841 *)

wie denn eine solche präsumtive Fortdauer des Wohnsitzes bei jeder von einer Ehefrau gegen ihren Ehemann wegen böslicher Verlassung angestellten Klage, im Fall der Aufenthalt des Letzteren unbekannt ist, die nothwendige Bedingung für die Gerichtszuständigkeit bildet.

Hienach kann es

III. nur noch auf die Frage ankommen, ob durch die singuläre dienstliche Stellung, welche der Beklagte als Beamter bei der deutschen Bundesversammlung hatte, die Competenz der Frankfurter Gerichte ausgeschlossen werde.

Diese Frage ist allerdings eine zweifelhafte. Wenn gleich näm-

---

*) Siehe S. 290.

lich die in dem Erkenntniß des Appellationsgerichts angeführte Note der Bundesversammlung vom 22. October 1816, wodurch für alle Bundestagsgesandten und gesandtschaftlichen Personen nebst ihren Angehörigen die Exterritorialität und Befreiung von aller städtischen Jurisdiction festgesetzt wurde, hier nicht direct maaßgebend ist, weil sie sich nicht auf die gemeinschaftlichen Canzlei- und Casse-Beamten bezieht, so sind doch durch einen Bundesbeschluß vom 6. Mai 1841 (bestätigt im § 31 der revid. Geschäftsordn. der Bundesversammlung von 1854) „alle Vorrechte des Gesandtschafts-Personals in Beziehung auf Jurisdictions- und Exterritorialitäts-Verhältnisse" den ebengedachten Beamten während ihres Dienstes beigelegt, und sind dieselben, unter Fortdauer ihres früheren Heimathsrechtes, resp. Unterthanen-Verbandes, der im Namen des Bundes auszuübenden Jurisdiction des Präsidiums unterstellt worden.

Zöpfl, Grunds. des Staatsr. 4. Aufl. (1856) Thl. 1. § 137.

Hienach war der Beklagte während seines Dienstes der städtischen Gerichtsbarkeit nicht unterworfen, und es könnte diese Exemtion auch nach Auflösung des Dienstes, welche dem Zeugniß der Bundes-Canzlei zufolge sofort mit der Entweichung des Beklagten im Juni 1856 eintrat, als fortwirkend angesehen werden. Allein diese Folgerung stellt sich bei näherer Erwägung als unbegründet dar, und mußte daher die aufgeworfene Frage zu Gunsten der Klägerin entschieden werden.

Es läßt sich nämlich schon

1) für die Zeit, während welcher der Beklagte im Dienst stand (1853 — 1856), sein Wohnen zu Frankfurt keineswegs als ein bloß factisches ansehen, woneben er sein etwaniges früheres Domicil im rechtlichen Sinne beibehalten hätte; vielmehr ist sein Verhältniß dahin aufzufassen, daß die rechtlichen Folgen des an sich für Frankfurt anzunehmenden Wohnsitzes durch die bemerkte bundesgesetzliche Exemtion nach Maaßgabe ihres Umfanges nur als temporär suspendirt zu gelten haben, mit der Beendigung des Dienstes aber von selbst wirksam wurden, und damit also auch die Unterwerfung unter die städtische Gerichtsbarkeit eintrat. Eine solche Annahme ist allerdings bei den Bundestagsgesandten und den zu ihnen gehörigen Personen ausgeschlossen, welche vermöge des in der erwähnten Note vom

22. October 1816 zu Grunde gelegten völkerrechtlichen Princips fortwährend in dem Staate, der sie accreditirt hat, als domicilirt anzusehen sind, und den Willen, in Frankfurt ihren Wohnsitz zu nehmen, rechtlich gar nicht haben können. Es steht dieß aber in nothwendigem Zusammenhang damit, daß die Gesandten sich im ausschließlichen Dienste ihres Heimathsstaates befinden und mit Rücksicht auf Zweck und Art dieses Dienstes aus der Unterwerfung unter die Gesetze und Gerichtsbarkeit des Heimathstaates in keiner Weise heraustreten. Anders verhält es sich in dieser Beziehung mit den gemeinschaftlichen Canzlei- und Cassebeamten des Bundes. Sie übernehmen in Frankfurt nicht ein Amt für ihren Heimathsstaat, verlassen vielmehr dessen Dienst, wenn sie vorher darin standen, und treten über in den Dienst einer deutschen Centralbehörde, welche zu Frankfurt ihren Sitz hat. Sie werden damit zugleich einer neuen, von ihrem Heimathsstaat unabhängigen, durch das Bundes-Präsidium in Frankfurt ausgeübten, Jurisdiction unterworfen, welche, wie es sich auch übrigens mit ihrem Grunde und Umfange verhalten möge, nach dem Bundesbeschluß vom 6. Mai 1841 jedenfalls mehr als bloße Ausübung der Disciplinargewalt in sich begreift. Ungeachtet nun in dem gedachten Bundesbeschluß der Ausdruck gebraucht ist, es sollten alle Vorrechte des Gesandtschafts-Personals in Beziehung auf „Jurisdictions- und Exterritorialitäts-Verhältnisse" auch den gemeinschaftlichen Beamten während ihres Dienstes zustehen, so gibt sich doch der hervorgehobene Unterschied insbesondere darin kund, daß über die Beibehaltung der diesen Beamten bei ihrem Dienstantritt zustehenden Heimathsrechte und über deren Ausflüsse nähere Bestimmungen in dem Bundesbeschluß aufgestellt wurden, welche bei einer Exterritorialität im vollen Sinne des Wortes ganz entbehrlich gewesen wären, weßhalb angenommen werden muß, daß der bemerkte Ausdruck nur gewählt wurde, um den Beamten, unbeschadet der Domicilbestimmung, während ihres Dienstes eine gleich unbedingte Exemtion von der städtischen Obrigkeit, wie den Gesandten zu sichern. Ebenso spricht es für jenen Unterschied, daß den Beamten (wie auch der vorliegende Fall bestätigt) kein Hinderniß entgegengesetzt wurde, Frankfurter Bürger zu werden, während für die Gesandten nach der

Note vom 22. October 1816 der nexus civicus gänzlich vermieden werden soll.

Es kann dahingestellt bleiben, ob aus diesen Gründen den Bundes-Canzlei- und Casse-Beamten schon vermöge ihres Amtes ein Wohnsitz in Frankfurt zuzuschreiben sein würde. Jedenfalls ergibt sich soviel daraus, daß es für dieselben als rechtlich möglich angesehen werden muß, sich einen freiwilligen Wohnsitz in Frankfurt zu begründen. Ist dieß aber geschehen, dann sind sie nur ihres Dienstes wegen und nur auf die Dauer desselben einer anderen als der städtischen Gerichtsbarkeit unterworfen, und die letztere muß mit Beendigung der Dienstzeit von selbst in unbeschränkte Wirksamkeit treten. Bei dem jetzigen Beklagten unterliegt es nun keinem Zweifel, daß die oben angeführten Umstände — seine Verheirathung mit einer Frankfurter Bürgerstochter, die Errichtung und Fortführung eines selbstständigen Haushaltes, die bethätigte Absicht, selbst das Frankfurter Bürgerrecht zu erwerben — vollständig ausreichen, um auch, abgesehen von dem von ihm bekleideten Amte, seinen Wohnsitz in Frankfurt zu begründen. Sonach muß auch die eben bemerkte rechtliche Folge auf den Beklagten Anwendung finden.

Wollte man indessen gegen diese Auffassung noch ein Bedenken hegen und

2) annehmen, daß der Beklagte während seines Dienstes kein Domicil im rechtlichen Sinne in Frankfurt hätte haben können, so käme doch zu Gunsten der Klägerin in Betracht, daß wenigstens nach Auflösung des Dienstverhältnisses ein rechtliches Domicil daselbst für den Beklagten als eingetreten erachtet werden mußte. Da alle factischen Voraussetzungen, wodurch nach allgemeinen Rechtsregeln der Wohnsitz begründet wird, vorlagen, und zwar dergestalt, daß sie auch ohne Rücksicht auf das von dem Beklagten in Frankfurt verwaltete Amt genügen mußten, da ferner diese Voraussetzungen, wie bereits oben bemerkt, durch die Entweichung des Beklagten aus Frankfurt nicht aufgehoben wurden, vielmehr als unverändert fortdauernd anzusehen sind, so fehlt es an einem Grunde, warum denselben nicht nun, nachdem mit Auflösung des Dienstes das vorherige Hinderniß hinweggefallen war, die gewöhnlichen und vollen Wirkungen des Wohnsitzes beigelegt werden sollten. Eines neuen Entschlusses von

Seiten des Beklagten bedurfte es hierzu nicht. Denn nach den erwähnten Umständen war sein Wille, in Frankfurt seinen wirklichen Wohnsitz zu haben, bereits vorher vorhanden und thatsächlich bekundet, und es konnte nur auf einem an die Dienststellung geknüpften singulären Rechtssatz beruhen, wenn er, dieses Willens ungeachtet, so zu behandeln war, als habe er sein Domicil an einem andern Ort, als in Frankfurt. Mit der Beendigung des Dienstverhältnisses hörte die Einwirkung dieses Rechtssatzes auf, und von da an mußte deßhalb der mit dem entsprechenden Willen verbundene factische Wohnsitz auch alle rechtlichen Folgen eines solchen äußern.

Hienach war die Competenz des Stadtgerichtes zur Einleitung der Verhandlung über die angestellte Klage, unbeschadet der von dem Beklagten in dieser Verhandlung etwa dawider vorzuschützenden Einreden, als genügend begründet anzuerkennen, und dem Stadtgericht demgemäß die geeignete Verfügung aufzugeben.

Auszug aus den Seite 286 angeführten Entscheidungsgründen in Sachen:

Dr. Ehrmann, Ehefrau, Bestellung eines Curators betr., vom Jahre 1841.

Was die Sache selbst betrifft, so hat die Appellantin bei dem Stadtgerichte als dem forum domicilii ihres Ehemannes auf Bestellung eines curator absentis für denselben angetragen, aber diesen ihren Antrag ausdrücklich darauf beschränkt, daß der Curator nur zu dem speciellen Zwecke bestellt werden solle, um in dem beim Stadtamt Mannheim zwischen ihrem Ehemanne und der Freifrau von H. anhängigen Prozesse wegen einer Forderung von 20,000 fl. einen neuen Anwalt zu bevollmächtigen.

In diesem Maaße ist nun der gestellte Antrag unstatthaft. Denn es ist zwar richtig, daß die Gerichte des Orts, wo ein Abwesender sein forum domicilii hat, competent sind, einen curator absentis für dessen gesammtes nicht vertretenes Vermögen zu bestellen, es mag sich nun dasselbe an dem Orte seines Domicils oder an anderen Orten befinden und aus körperlichen Sachen oder aus

bloßen Ansprüchen und Forderungen bestehen, indem dieß aus dem Begriffe eines forum universale folgt, welcher gerade darin liegt, daß ein gewisses Gericht für alle und jede Vermögensverhältnisse einer Person, für die universitas bonorum, competent ist, wie denn auch unstreitig in dem forum domicilii ein curator hereditatis jacentis für die ganze hereditas bestellt wird. Allein eben diese Begründung der Competenz und diese Eigenschaft des forum domicilii bringt es zugleich mit sich, daß ein derartiger Antrag nur auf Bestellung eines curator absentis für das sämmtliche nicht vertretene Vermögen des Abwesenden, nicht aber dahin gerichtet werden kann, daß ein solcher Curator für die Betreibung eines einzelnen, an einem anderen Orte anhängigen, Prozesses ernannt werden solle, indem, wenn nur von einer so beschränkten Maaßregel die Rede ist, für diese eher das Gericht, bei welchem der Rechtsstreit anhängig ist, als das forum universale für competent geachtet werden muß. Uebrigens würde es im Resultate gleich sein, wenn man etwa den Antrag der Appellantin — nach anderen in den Akten vorkommenden Aeußerungen und nach der Fassung ihrer Beschwerde und ihres petiti in dritter Instanz — dahin ausdehnen wollte, daß sie die Bestellung eines curator absentis zur Betreibung aller derjenigen Prozesse bezwecke, für welche ihr Ehemann als Kläger betheiligt ist, denn ein solcher Antrag würde aus dem obigen Grunde nicht weniger unstatthaft sein.

Dennoch war der Antrag der Appellantin allerdings abzuweisen, aber dieß konnte nur angebrachtermaaßen geschehen, und es muß der Appellantin unbenommen bleiben, ihren Antrag in der angegebenen richtigen Weise, nämlich auf Bestellung eines curator absentis, für das gesammte nicht vertretene Activ- und Passiv-Vermögen ihres Ehemannes, wozu dessen außerhalb Frankfurt ausstehende Forderungen mitgehören, beim Stadtgericht zu wiederholen. Denn

1) daß das Stadtgericht, sobald dasselbe das forum domicilii des Ehemannes der Appellantin ist, für diese Maaßregel competent sei, ist schon oben ausgeführt worden.

2) Ersteres muß nun aber, da es ausgemacht ist, daß der Ehemann der Appellantin früher sein Domicil in Frankfurt als dortiger Advocat gehabt hat, so lange angenommen werden, als nicht nachge-

wiesen ist, daß er dieses Domicil aufgegeben habe, und dieß kann nach Inhalt der Acten keineswegs als ausgemacht angenommen werden. Denn das rechtliche Verhältniß des Domicils hat, nach bekannten Rechtsgrundsätzen durch den bloßen Aufenthalt des Dr. Ehrmann zu Mannheim und Heidelberg, während der letzteren Jahre nicht aufgehört, soweit er nicht zugleich die Absicht gehabt hat, sein bisheriges Domicil in Frankfurt aufzugeben. Diese Letztere aber ist von der Appellantin mit Bestimmtheit geläugnet worden; und wenn gleich in den Entscheidungsgründen zum Erkenntniß des Stadtgerichts vom 19. April 1841 die Aeußerung vorkommt, es sei notorisch, daß Dr. Ehrmann seit einer Reihe von Jahren nicht mehr in Frankfurt „domicilirt gewesen" sei, so sind doch theils diese Worte zweideutig, indem darunter auch das bloße Wohnen und sich aufhalten verstanden worden sein kann, theils ist dabei eine bestimmte Thatsache, aus welcher die Absicht des Dr. Ehrmann hervorginge, sein Domicil in Frankfurt aufzugeben, nicht angeführt, theils hat das Appellationsgericht in den Entscheidungsgründen zum Erkenntnisse vom 26. April und in der Erklärung vom 9. August 1841, nachdem die Appellantin in der vorigen Instanz der Existenz solcher Thatsachen bestimmt widersprochen hatte, die Abweisung des Antrages nicht dadurch, daß Dr. Ehrmann sein Domicil in Frankfurt aufgegeben habe, sondern lediglich dadurch motivirt, daß in Frankfurt kein Vermögen von ihm befindlich sei. Auch haben die früheren Verhältnisse des Dr. Ehrmann zu Frankfurt insoweit fortgedauert, daß er bis zu seinem Verschwinden Einkommensteuer bezahlt und dadurch sein Bürgerrecht beibehalten hat, woraus, so lange nicht ein anderweit auswärts von ihm erworbenes Domicil nachgewiesen ist, eine erhebliche Präsumtion, daß es nicht seine Absicht gewesen sei, sein Domicil in Frankfurt aufzugeben. Dazu kommt dann noch, daß die Appellantin in der jetzigen Instanz einen Bescheid des Oberamts Heidelberg — an welchem Orte Dr. Ehrmann nach dem Rubrum der Klagsache wider Frau von H. seinen letzten ordentlichen Aufenthalt gehabt hat — vom 19. Juli 1841 beigebracht, worin ihr Antrag auf Bestellung eines curator absentis durch das genannte Oberamt aus dem Grunde, weil Dr. Ehrmann in Heidelberg nur seinen vorübergehenden Aufenthalt gehabt und niemals

erklärt habe, seine Hauptniederlassung dahin verlegen zu wollen, abgeschlagen und sie damit an die Gerichte zu Frankfurt als seine ordentliche Obrigkeit verwiesen wird; durch welches Actenstück soviel, daß Dr. Ehrmann kein anderes Domicil zu Heidelberg genommen hat, constatirt ist, hieraus aber wieder eine Präsumtion für die Beibehaltung eines früheren Domicils zu Frankfurt entsteht. Unter diesen Umständen kann denn auch darauf kein Gewicht gelegt werden, daß in dem französischen Notariatsinstrumente, wodurch der Sachführer der Appellantin bevollmächtigt worden ist, bei Anführung des Grundes, weßhalb die Comparentin ohne Autorisation ihres Ehemännes handle, die Worte gebraucht sind „attendu que ce dernier a quitté son domicile de Heidelberg."

3) Die Frage, ob nicht die Appellantin bei dem Stadtamt Mannheim nach den dort geltenden Rechten die Bestellung eines curator ad litem zur Betreibung des Prozesses gegen Frau von H. erwirken könnte, kann dahin gestellt bleiben, da die Frankfurter Gerichte, wenn sie für den Antrag der Appellantin competent sind, denselben nicht aus jenem Grunde von sich abweisen dürfen.

4) Der Umstand ferner, daß der jetzige Aufenthaltsort des Dr. Ehrmann wirklich unbekannt und er hinsichtlich seines zurückgelassenen Vermögens nicht vertreten sei, ist durch die beigebrachten Edictalcitationen nachgewiesen.

5) Das Bedenken endlich, welches wegen der Deckung von etwaigen Prozeß- und anderen Kosten entsteht, da geständlich in Frankfurt kein disponibles Vermögen des Dr. Ehrmann vorhanden ist, kann die Appellantin dadurch beseitigen, daß sie sich in ihrem künftigen Antrage beim Stadtgerichte zu einer deßfallsigen angemessenen Cautionsleistung erbietet.

185.

Wilhelmine Margarethe Juliane K., geb. **D.,** früher verehelichte **D.,** Implorantin, Anerkennung eines auswärtigen Scheidungs-Urtheils betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 7. September 1857.

In Erwägung, daß

1) die Ehe zwischen der Implorantin und Karl Ferdinand K. am 14. April 1832 dahier abgeschlossen wurde;

2) beide Ehegatten dahier verbürgert sind;

3) die am 12. März 1844 von dem Stadtgericht zu Berlin ausgesprochene Scheidung dieser Ehe *) nur lediglich auf den Grund gegenseitiger Uebereinkunft erfolgt ist;

4) ein solcher Entscheidungsgrund aber weder in dem Gesetz vom 19. November 1850, die bürgerliche Ehe betreffend, noch weniger in den früher in Bezug auf Ehescheidungen dahier gültig gewesenen Gesetzen gefunden werden kann;

---

*) Das Urtheil des Stadtgerichts Berlin vom 12. März 1844 lautet: „Da beide Theile, welche seit 1831 in einer ganz kinderlosen Ehe miteinander leben, die Trennung dieser Ehe wünschen, und nach ihren gegenseitigen Erklärungen anzunehmen ist, daß weder Leichtsinn oder Uebereilung, noch heimlicher Zwang von einer oder der anderen Seite zu besorgen ist, unter solchen Umständen aber nach § 716, Allgem. Landrecht Theil II. Titel 1, die Trennung einer ganz kinderlosen Ehe zulässig ist, deßhalb das bisher zwischen beiden Theilen bestandene Band der Ehe zu trennen, keinen für den überwiegend schuldigen Theil zu erklären, und die Kosten Beiden gemeinschaftlich zur Last zu legen."

5) das Scheidungserkenntniß des Stadtgerichts zu Berlin daher von dem hiesigen zuständigen Ehegericht nicht anerkannt werden kann, ganz abgesehen davon und ohne daß darauf Rücksicht genommen zu werden braucht, daß

6) nicht einmal nachgewiesen ist, daß das Domicil der K.'schen Eheleute im Jahr 1844 zu Berlin gewesen und eventuell, daß es nicht bloß zur Umgehung der hiesigen Gesetze daselbst genommen worden ist;

aus diesen Gründen kann dem gestellten Antrag nicht willfahrt werden.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 12. October 1857.

In Erwägung, daß

1) es sich um die Anerkennung und Vollstreckung eines rechtskräftigen auswärtigen Urtheils handelt, welches die Scheidung einer dahier geschlossenen Ehe, dem hiesigen Staatsverbande damals, wie jetzt noch angehöriger Personen ausspricht;

2) diese Anerkennung wesentlich durch die Natur der über die ehelichen Verhältnisse, deren Eingehung und Lösung dahier geltende Normen bedingt erscheint, indem die Anwendung des preußischen Rechtes, worauf das Urtheil sich begründet, resp. dieses Erkenntniß selbst alsdann dahier nicht anerkannt zu werden vermag, wenn über jene Verhältnisse dahier ein absolutes Gesetz von streng positiver zwingender Art oder ein solches gilt, in welchem das fragliche Rechtsinstitut des Auslandes nicht anerkannt wird,

Savigny System VIII. S. 33 folg.
Gerber, deutsches Privatrecht edit. 3 S. 66;

3) nun aber das hier in Frage kommende Institut der freiwilligen Ehetrennung nach richterlicher Cognition weder in dem gemeinen dahier geltenden Eherecht, noch insbesondere in dem dasselbe ergänzenden Gesetze über bürgerliche Ehe vom 19. November 1850 anerkannt ist, letzteres Gesetz, in Folge dessen die Anerkennung des Urtheils beantragt wird, vielmehr als ein Gesetz positiver und zwin-

gender Natur anzusehen ist, indem dasselbe wesentlich auf Gründen der Sittlichkeit und des öffentlichen Wohles beruht und aus der Fassung der betreffenden §§ 13 und 15 des Gesetzes, dessen absolut gebietender Charakter in Bezug auf das Materielle des Eheabschlusses und der Scheidung, sowie die Beschränkung der Regel locus regit actum auf die Form des Eheabschlusses erhellt;

4) wenn hierüber noch gezweifelt werden könnte, gleichwohl die Anerkennung des Urtheils nach Lage der Sache auch um deßwillen dahier versagt werden müßte, weil immerhin der Staatsangehörige im Zweifel an seine Rechtsordnung gebunden ist, der Richter im Zweifel bei den im Auslande begründeten Verhältnissen der Bürger seines Staates nach den Gesetzen seines Staates zu entscheiden hat;

Wächter, im Archiv für civ. Praxis, 25. Bd. S. 11.
Pütter, Fremdenrecht, S. 14;

5) Es hiernach eines Eingehens auf die Fragen, ob das Stadtgericht Berlin als forum domicilii competent war? und ob dasselbe als solches befugt war, die K'sche Ehe auf Grund des von dem Rechte der Heimath und des Eheabschlusses wesentlich verschiedenen preußischen Rechtes zu trennen? dem bereits nachgewiesenen Ungrunde der Beschwerde gegenüber nicht mehr bedarf.

Aus diesen Gründen wird die gegen die stadtgerichtliche Verfügung vom 7. September d. J. ergriffene Berufung hiermit verworfen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 27. Januar 1859.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 12. October 1857, wie hiemit geschieht, wieder aufzuheben, und, falls Implorantin annoch gehörig nachweisen sollte:

daß ihr früherer Ehemann, Carl Ferdinand K., zur Zeit der in Berlin angestellten Scheidungsklage, unter Aufgebung

des Frankfurter Domicils, in Berlin sein Domicil gehabt habe,

alsdann dem Antrage auf Anerkennung des beim Berliner Stadtgerichte am 12. März 1844 ergangenen Scheidungsurtheils zum Behuf der Eintragung in die Standesregister statt zu geben sei; und wird die Sache nunmehr an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die Förmlichkeiten der vorliegenden Extrajudicial-Appellation waren für vollständig gewahrt zu erachten, da die Implorantin es weder in erster, noch auch in zweiter Instanz bei Einlegung der Appellation an der speciellen Anführung ihrer Beschwerden hat fehlen lassen.

In der Sache selbst haben die vorigen Gerichte dem Antrage der Implorantin auf Anerkennung des Urtheils des Berliner Stadtgerichts vom 12. März 1844, wodurch das Band der Ehe zwischen ihr und Karl Ferdinand K. getrennt worden, deßhalb nicht deferirt, weil dieses Erkenntniß die Scheidung lediglich auf Grund gegenseitiger Uebereinkunft der Eheleute ausgesprochen habe, dieser Scheidungsgrund aber im Frankfurter Rechte nicht nur nicht anerkannt sei, sondern, wie das Appellationsgericht annimmt, demselben sogar in dem Gesetze über die bürgerliche Ehe vom 19. November 1850 ein Gesetz von streng positiver zwingender Natur entgegenstehe, und es haben daher beide vorige Gerichte nach dieser ihrer Auffassung der Sache die Fragen, ob die K'schen Eheleute zur Zeit ihres Scheidungsprozesses wirklich ihr Domicil in Berlin gehabt haben und ob das dortige Gericht als das forum domicilii zur Erkennung der Scheidung in diesem Falle competent gewesen sei, als keine Entscheidung erfordernd auf sich beruhen lassen. Dagegen mußte das Ober-Appellationsgericht dafür halten, daß diese Fragen als präjudiciell allerdings einer Entscheidung bedürfen, und daß, wenn diese Entscheidung bejahend ausfallen sollte, alsdann man nicht werde Umgang nehmen können, dem Antrage der Implorantin zu deferiren.

Es war hiebei

I. davon auszugehen, daß im Allgemeinen, abgesehen von besonderen Gründen, die Gerichte eines deutschen Bundesstaates, die gegen ihre Staatsangehörigen in einem anderen Bundesstaate ergangenen rechtskräftigen Erkenntnisse zum Vollzug zu bringen verpflichtet sind, falls diese Erkenntnisse nur von einer competenten Behörde erlassen sind und auch sonst nichts vorliegt, was deren formelle Rechtsbeständigkeit aufzuheben geeignet wäre, und daß daher die pflichtmäßige Prüfung solcher Erkenntnisse behufs ihrer Vollziehung auf diese Requisite sich zu beschränken, dagegen nicht auf die innere Legalität derselben auszudehnen habe, wie denn dahin auch das Ober-Appellationsgericht bereits in früheren Fällen sich ausgesprochen hat:

in S. Neumann ca. W. M. Weickersheimer 1850.*)
W. R. ca. Brotbeck 1858.**)

Nun aber besteht in Frankfurt kein Gesetz, welches von diesem allgemeinen, da wo es sich wie hier, nur von Anerkennung eines auswärtigen Urtheils handelt, jedenfalls analogisch anzuwendenden rechtlichen Grundsatze für Ehescheidungsurtheile ausdrücklich eine Ausnahme begründete, vielmehr sind, indem es in dem Gesetze über die Standesbuchführung vom 19. November 1850 im § 10 ganz allgemein heißt: „Auswärtige Erkenntnisse bedürfen zum Eintrag (in die Standesregister) der Anerkennung des zuständigen hiesigen Gerichts," Scheidungserkenntnisse mit anderen völlig gleich behandelt. Und da es überdieß in dem gleichzeitig erlassenen Gesetze über die bürgerliche Ehe im § 17 nur heißt: der Eintrag der Scheidung erfolgt auf den Grund eines in Rechtskraft übergegangenen Erkenntnisses, ohne daß hier die innere Legalität desselben zur Bedingung der Eintragung gemacht wäre, so darf um so mehr angenommen werden, daß auch die Anerkennung auswärtiger Scheidungs-Erkenntnisse dadurch nicht hat bedingt werden sollen, als andernfalls es unerläßlich gewesen wäre, darüber nähere maaßgebende Vorschriften zu geben.

Ist aber das, so kommt es im vorliegenden Falle

---

*) Siehe Band IV. S. 25.

**) Siehe Band IV. S. 21.

II. nur darauf an, ob das fragliche Scheidungsurtheil, da andere formelle Mängel bei demselben nicht erkennbar sind, von einem dazu competenten Gerichte ausgegangen ist.

Nun leidet es aber

A. keinen Zweifel, daß, wenn die K'schen Eheleute in Berlin zur Zeit der beantragten Scheidung wirklich und zwar ausschließlich ihr Domicil gehabt haben, aber auch nur dann, das Berliner Stadtgericht nicht nur das ausschließlich competente Forum zur Erkennung der Scheidung, sondern auch für diese das preußische Recht allein normgebend gewesen sein würde. Denn freilich hätten die K'schen Eheleute zwar ihren Wohnsitz in Berlin aufgeschlagen, daneben aber nicht nur ihr Bürgerrecht, sondern auch ihr Domicil in Frankfurt beibehalten, mithin ein domicilium duplex im eigentlichen Sinne

> L. 5. L. 6 § 2. L. 27 § 2. D. ad municipales

gehabt, dann würde, wenn auch die Competenz des Berliner Domicil-Forums nicht ausgeschlossen, doch die Scheidung nur nach Frankfurter Recht zu erkennen gewesen sein.

> v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. VIII. S. 101 und 102.
>
> Puchta, Vorlesungen über das römische Recht, § 113 S. 231.

Und das Gleiche würde unbedenklich dann anzunehmen sein, wenn etwa die K'schen Eheleute in fraudem legis, also nur zum Behuf einer nach preußischem Rechte zu erlangenden Scheidung, und nicht in der Absicht, ihr Frankfurter Domicil für immer aufzugeben, es einstweilen nach Berlin verlegt hätten. Daß dagegen, wenn keiner dieser beiden Fälle vorliegen sollte, das Berliner Stadtgericht nicht nur ausschließlich competent, sondern auch wie berechtigt, so verpflichtet war, bei Erkennung der Scheidung lediglich das preußische Recht zum Grunde zu legen, das darf als ausgemacht betrachtet werden.

> v. Savigny a. m. O. S. 337.
>
> Günther, in Weiske's Rechtslexicon, Th. IV. S. 731 u. 732.
>
> Seuffert, practisches Pandectenrecht I., § 17.
>
> Schäffner, internationales Privatrecht, S. 159.
>
> Gerber, deutsches Privatrecht, § 32 S. 69.

B. Ob aber es sich mit dem Berliner Domicil der K'schen Eheleute zur Zeit des Scheidungsprozesses so verhalten hat, wie oben vorausgesetzt ist, um das ergangene Erkenntniß als ein für Frankfurt gültiges erscheinen zu lassen, darüber constirt zur Zeit noch nichts. Denn, wenn die Implorantin vermeint, daß dafür das Berliner Erkenntniß allein schon den erforderlichen Beweis liefere, so ist dieß unrichtig, da aus jenem Erkenntnisse mehr nicht folgt, als daß das Stadtgericht in der Sache seine Competenz als vorhanden angenommen habe. Es war daher der Implorantin, unter Verwerfung ihrer ersten Beschwerde, in Gemäßheit ihrer zweiten der im Urtheil enthaltene Beweis nachzulassen, bei dessen Fassung die oben unter A dargelegten Gründe maaßgebend gewesen sind, und in Beziehung, auf welchen es nur der Bemerkung noch bedarf, daß es selbstverständlich der Implorantin nicht obliegt, besonders nachzuweisen, die Verlegung des Domicils nach Berlin sei nicht zur Umgehung der Frankfurter Gesetze geschehen, wenngleich es natürlich, falls sich aus dem Beweise der Implorantin genügende Indicien dafür ergeben sollten, daß dieß geschehen sei, dem Stadtgerichte unbenommen ist, aus diesem Grunde dem Erkenntnisse die Anerkennung zu versagen.

186.

G. Ludwig Zißmann, jetzt dessen Wittwe **Magdalena,** geb. Graff, nunmehr verehelichte Stilcher, Klägerin, Widerbeklagte, Appellantin gegen die Intestat-Erben des verstorbenen Stadt-Amtmanns Dr. **Gallus,** Beklagte, Widerkläger, Appellaten, Forderung und Gegenforderung, jetzt geführten Beweis betreffend.*)

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 24. Februar 1859.

Die Klägerin hat

I. die von ihr in zweiter Instanz aufgestellten acht Beschwerden bis in die gegenwärtige Instanz verfolgt, hievon indessen die zweite fallen lassen, so, daß es nur noch auf die Beschwerden 1 und 3—8 ankam.

1ste Beschwerde. — Bei derselben handelte es sich darum, ob nur bis zum klägerischen Suppletorium, oder ob vollständig bewiesen sei, daß dem verstorbenen Amtmann Dr. Gallus von den Zißmann'schen Eheleuten das Frühstück (Kaffe und Milchbrod) in den Jahren 1820 bis 1848, außer an den zugestandenen 286 Tagen und an später für erwiesen erklärten 39 Tagen, noch an ferneren 28 Tagen geliefert worden sei. Hier konnte den vorigen Richtern nur beigepflichtet werden, welche keine vollständige Beweisführung angenommen haben. — — — — — — — — — — — — —

---

*) Siehe Band I. Seite 207 folg.

Die eventuell von der Klägerin beantragte Veränderung der Eidesformel ist nicht nur an sich unmotivirt, da die von dem Stadtgerichte ausgegangene Formulirung der Sachlage völlig entspricht, sondern sie würde auch aus dem Grunde zurückgewiesen werden müssen, weil die klägerischerseits vorgeschlagene Formel auf Frühstückslieferung an vollen 365 Tagen gehen würde, während doch 12 Tage selbst nach den Angaben der Klägerin ausgefallen sind.

In Erwägung mußte es hier noch kommen, ob nicht ein Schreibfehler in die Eidesformel sich eingeschlichen habe, insofern es heißen muß, statt „außer an den zugestandenen 286 Tagen und den weiter erwähnten **39** Tagen jedes Jahres an ferneren **28** Tagen," „an weiteren **29** Tagen und an ferneren **38** Tagen," weil hierauf die sub A. 1 des Stadtgerichts-Erkenntnisses angegebenen Motive hinführen. Gleichwohl war es als möglich anzunehmen, daß auf die Erhöhung der 29 Tage auf 39 irgend ein in der Begründung nicht ausdrücklich erwähntes Argument eingewirkt haben könne, und, da die Beklagten über diesen zu ihrem Nachtheil gereichenden Gegenstand nicht monirt haben, so konnte derselbe auf sich beruhen bleiben.

3te Beschwerde. Dieselbe betrifft den Punkt, daß die früheren Richter den der Klägerin obliegenden Beweis, daß eine im Gallus'schen Nachlasse vorgefundene Schnur Granaten dem verstorbenen Zißmann oder dessen Ehefrau gehört habe, für nicht geliefert erklärt haben, und deßhalb auf das juramentum delatum eingegangen sind, während die Klägerin vermeint, daß sie zum Erfüllungseide in Betreff dieses Gegenstandes hätte zugelassen werden müssen. — Nun haben aber die beiden von der Klägerin auch wegen der Schnur Granaten gestellten Zeuginnen M. und Sp. deponirt, von dieser Granaten-Schnur als einem Eigenthum der Frau Zißmann niemals Etwas wahrgenommen zu haben, so daß die Beschwerdeführung und deren Verfolgung bis in die gegenwärtige Instanz durchaus grundlos ist.

4te Beschwerde. Hier war dem Antrage der Klägerin zu entsprechen. Es handelt sich um zwei kleine Ausgabeposten, welche Zißmann für Gallus bestritten haben soll: 4 fl. 30 kr. Laternengeld für 1850 und 35 kr. Brandversicherung für 18⁴⁸/₄₉, validirend

für ein dem Gallus gehöriges, in Sachsenhausen belegenes Haus. Die Klägerin hat die Quittungen über diese Posten schon bei Gelegenheit der früheren beklagtischen Oberappellation zu den Acten gebracht. Nun steht es aus der Gallus'schen Abrechnung Anl. D. fest, geht auch überhaupt aus den Acten hervor, daß Zißmann nicht etwa nur einzelne auf das oben erwähnte Gallus'sche Haus bezügliche Auslagen gemacht hat, sondern daß dieß in einer gewissen Regelmäßigkeit geschehen ist. Zißmann hat die Miethen des Hauses erhoben, Insatzzinsen berichtigt, ferner Handwerker-Rechnungen an „Schreiner," „Glaser" und „Weißbinder" bezahlt. Da überdieß unter den unbestritten gebliebenen Ausgaben des Zißmann auch Brandkassengeld für 1849 mit 4 fl. 30 kr. gewesen ist, so entspringt aus dem Zißmann'schen Besitze der Quittung über denselben Belauf von 1850 eine starke Vermuthung dafür, daß die letztere Zahlung ebenfalls durch ihn geleistet sein wird. Da, nach des Steindeckers Vogt Aussage, Zißmann 2 fl. 24 kr. noch am 29. August 1850 — Tags vor dem Ableben des Gallus — für das in Rede stehende Haus gezahlt hat, so hat die Function des Zißmann als Administrators, oder wenigstens als Zahlungsbesorgers, noch bis in die letzte Zeit fortgedauert und hiedurch wird die obige Vermuthung noch mehr bestärkt. Es war deßhalb die Klägerin in Beziehung auf die beiden Beträge von 4 fl. 30 kr. und 35 kr. zum Erfüllungseide zuzulassen.

5te Beschwerde. Die Klägerin hatte den Beweis zu liefern, daß zwei aus dem Gallus'schen Nachlasse reclamirte, aber in demselben nicht vorgefundene Gegenstände, eine Damenuhr und zwei Vorstecknadeln, mehr als 22 fl. oder wieviel mehr bis zu 44 fl. werth gewesen seien.

Zur Führung dieses Beweises hat die Klägerin Nichts beigebracht als zwei Rechnungen, erstens eines Uhrmachers Büble vom 24. December 1831, über eine neue goldene Damenuhr zum Betrage von 27 fl., zweitens eines Goldarbeiters Schlund vom 24. Mai 1847, über ein Collier in Gold, zum Betrage von 14 fl. 30 kr.

Hier mußte nun zunächst angenommen werden, daß in Beziehung auf die beiden Vorstecknadeln gar Nichts beigebracht worden ist. Denn die Schlund'sche Rechnung redet, wie bemerkt, nicht von solchen

Nadeln, sondern von einem Collier, von welcher Art Schmucksachen überdieß ein Exemplar unter den bei Gallus vorgefundenen Gegenständen vorhanden gewesen ist. Allein auch in Beziehung auf die Uhr ergibt sich kein anderes Resultat; denn, wenn man auch von dem Mangel eines Beweises der Identität absehen könnte, so war es doch ein Selbstverstand, daß derjenige Werth zu beweisen war, den die genannten Gegenstände zu der Zeit hatten, als sie reclamirt wurden. Dieß geschah im März 1852. Damals würde die Uhr — die Identität derselben mit der in der Bübke'schen Rechnung angegebenen vorausgesetzt — schon mehr als 20 Jahre, resp. im Besitz des Zißmann und des Gallus gewesen sein, so daß dem Anschaffungspreise nach so langer Zeit und ohne daß der damalige Zustand der Uhr constatirt worden wäre, keine Erheblichkeit beigelegt werden kann.

6te Beschwerde. — Die Klägerin ficht hier die Entscheidung der früheren Richter an, zufolge welcher der den Beklagten aufgelegte Beweis, daß der verstorbene Gallus für die ihm in den Jahren 1820 bis 1848 Seitens der Zißmann's geleistete Frühstückslieferung Zahlung geleistet habe für bis zum Suppletorium geführt erklärt worden ist.

Der Beschwerdeführung war indessen keine Folge zu geben.

Im Wesentlichen kann hier auf die Ausführung Bezug genommen werden, welche über den hier in Rede stehenden Gegenstand schon in den Entscheidungsgründen zum früheren O.-A.-Ger.-Erkenntnisse vom 11. Mai 1854*) geliefert worden ist. Dort ist gezeigt, daß aus den bei den Acten befindlichen, im Nachlasse des Verstorbenen vorgefundenen, aus verschiedenen Zeiten und sogar Jahrzehnten stammenden, unbestrittenermaaßen bezahlten Rechnungen des Zißmann über häusliche Lieferungen — worunter auch Ansätze für Frühstück (Kaffe) zu 6 kr. vorkommen — ferner aus den zwischen dem Gallus und den Zißmann's stattgehabten Abrechnungen und aus dem nachgewiesenen Bestreben des Gallus, daß solche Abrechnungen alle bestehenden Rechnungsverhältnisse umfassen sollten, endlich aus dem Umstande, daß bei des Gallus größerer Wohlhabenheit im

*) Siehe Band I. S. 213.

Verhältnisse zu den Zißmann's und bei der vielfach den Letzteren von ihm zugekommenen Erweisen seiner Freigebigkeit, es in hohem Grade unwahrscheinlich sei, daß der Verstorbene mehrere Jahrzehnte hindurch eine ihm täglich gemachte Lieferung, wofür ein bestimmtes Vergütungsmaaß, ausweise der Rechnungen, festgestellt war, unberichtigt gelassen habe.

Wenn damals nur wegen der prozessualischen Lage der Sache nicht sofort auf einen nothwendigen Eid — welcher nach Maaßgabe der Motive nur ein beklagtisches Suppletorium hätte sein können — erkannt worden ist, so kommt es gegenwärtig darauf an, ob von der einen oder anderen Seite neue Beweis- oder Gegenbeweismittel beigebracht worden sind.

Seitens der Klägerin ist Gegenbeweisführung hier überhaupt nicht versucht worden.

Dagegen haben die Beklagten eine Reihe von Zeugen gestellt, auch sich auf die Erklärung bezogen, welche der verstorbene Zißmann bei der Inventarisirung des Gallus'schen Nachlasses über die ihm an Letzterem zuständige Forderung zu Protocoll gegeben hat, worin aber von jener bedeutenden Forderung für Frühstückslieferung 1012 fl. 52½ kr. nichts vorgekommen.

Nun sind freilich die Aussagen der Zeugen W., H., R. und G. ohne alle Bedeutung; dagegen ist derjenigen des Zeugen P. einiger Werth beizulegen. Denn derselbe deponirt, daß Gallus nicht lange vor seinem Tode seine Rechnung von Zißmann habe fordern lassen und daß hierauf Zißmann demselben durch den Zeugen zwei Rechnungen habe zustellen lassen, eine für Schuhmacher-Arbeit und eine andere für Kaffe, welche beide Rechnungen Gallus sofort berichtigt habe. Es hat die Wahrscheinlichkeit im hohen Grade gegen sich, daß, wenn 28 Jahre lang entweder dem Gallus niemals eine Rechnung über den unbestrittenermaaßen von ihm mit 6 kr. für die einzelne Lieferung zu vergütenden Kaffe gegeben, oder die ihm gegebenen Rechnungen unbezahlt geblieben sein sollten, nunmehr plötzlich im 28sten Jahre der Kaffe für einen kleinen Zeit-Abschnitt berechnet und ohne Erwähnung der älteren viel größeren Schuld dem Gallus zugestellt und von Letzterem ohne weitere Bemerkung bezahlt sein sollte. — Auch die Nichterwähnung der hier in Rede stehenden For-

derung bei der Inventariums-Errichtung ist ein nicht unerhebliches Moment zu Gunsten der Beklagten, da Zißmann, welcher seine Forderung für Schuhmacher-Arbeit mit 37 fl. 18 kr. angab, um so viel mehr die hier in Rede stehende bedeutende Forderung angegeben haben würde, wenn er sie als ihm noch zuständig angesehen hätte. Auch hatte Zißmann vom Tode des Gallus (30. August 1850) bis zum Tage der Errichtung des Inventars (11. October ej. a.) eine hinlänglich geraume Zeit gehabt, um, als die letztere stattfand, mindestens in Betreff jener Forderung nicht im Ungewissen oder unvorbereitet zu sein.

Bei der Gesammtheit der für die klägerische Beweisführung redenden Momente war es ganz unbedenklich, dem Stadtgerichte beizutreten, welches die Beklagten zum Suppletorium zugelassen hat.

7te Beschwerde. Die klägerische Parthei hat gegen den Gallus'schen Nachlaß mehrere Forderungen für kleine häusliche Leistungen geltend gemacht, welche im Laufe der 27¾ Jahre, während welcher Gallus im Zißmann'schen Hause gewohnt hat, beschafft worden seien, und für welche Zißmann's — die darüber keine Rechnung ertheilt — auch keine Vergütung erhalten hätten. Hierunter kommt es gegenwärtig nur an auf das In-Ordnung-Halten der Wäsche durch Nähen und Ausbessern, für welches die Zißmann's 12 kr. pr. Woche oder 10 fl. 24 kr. pr. Jahr, also für 27¾ Jahre 288 fl. 36 kr. gefordert haben.

Die Leistung selbst und der dafür berechnete Belauf stehen nach rechtskräftiger Sachlage nicht mehr in Frage. Dagegen ist den Beklagten der Beweis nachgelassen, daß durch Liberalitäten jener Anspruch der Zißmann's ausgeglichen sei.

Die früheren Richter haben diesen Beweis, als bis zum beklagtischen Suppletorium geführt, angenommen. Gleichwohl liegt ein hiezu ausreichendes Beweismaterial vor. Freilich geht aus den Aussagen der Zeugen P., W. und D. so viel zur Genüge hervor, daß Gallus den Zißmann's und insonderheit seiner Schwester, der ersten Ehefrau Zißmann, verschiedenartige Schenkungen, und zwar mit einer gewissen Regelmäßigkeit, gemacht hat; allein keiner dieser Zeugen hat darüber etwas anzugeben vermocht, daß diese Liberalitäten den Charakter der Vergeltung, sei es für die fragliche Näh-

Arbeit insbesondere, sei es für die erwähnten häuslichen Dienste im Allgemeinen, getragen haben. Und wenn auch unter Umständen der remuneratorische Charakter von Liberalitäten aus der Gesammtheit der Verhältnisse, unter welchen sie vorgekommen sind, abgeleitet werden kann, so ist doch hier dazu die Sachlage nicht geeignet, zumal da eine nähere objective Verbindung zwischen den Leistungen, welche die Zißmann's beschaffen, und den Schenkungen, welche Gallus machte, nicht bestanden hat.

Es mußte somit, statt auf ein beklagtisches Suppletorium, auf Ableistung des der Klägerin zugeschobenen und bereits von ihr acceptirten Eides erkannt werden.

8te Beschwerde. Auch bei diesem Gegenstande mußte von der Auffassung der vorigen Richter abgewichen werden.

Die klägerische Parthei hat aus dem Gallus'schen Nachlasse eine Uhr reclamirt und die Beklagten haben dieser Forderung unter Anderem entgegengesetzt, daß die Uhr dem früheren Gesellen des Zißmann, Stilcher, mit Zißmann's Wissen und Willen geschenkt sei, welcher letztere Umstand daraus hervorgehe, daß Gallus die Uhr dem Stilcher in Zißmann's Gegenwart eingehändigt habe.

Das vorgedachte Factum ist den Beklagten zum Beweise verstellt. Nun sind freilich durch die Aussage der Krankenwärterin B. und des Zeugen P. erhebliche Beweismomente dafür geliefert worden, daß Gallus durch eine Willenserklärung der Frau Zißmann dazu veranlaßt worden ist, dem Stilcher die in Rede stehende Uhr zuzustellen, daß auch die Hingabe derselben wirklich stattgefunden hat. Gleichwohl hat keiner der Zeugen wahrgenommen, daß Zißmann bei der Hingabe gegenwärtig gewesen sei, oder seine Zustimmung dazu ertheilt habe. Unter diesen Umständen konnte der fragliche, den Beklagten auferlegte, Beweis nicht für bis zum Erfüllungseide geführt angesehen werden, sondern es war auf Ableistung des klägerischerseits angenommenen Schiedseides zu erkennen, welcher übrigens nicht nur auf das bis dahin im Wesentlichen allein in Betracht gezogene Judicium der Zißmann'schen Genehmigung (dessen Gegenwart), sondern auch direct auf diese selbst zu richten war.

II. Die zweite Beschwerde gegenwärtiger Instanz betrifft die vor dem Appellationsgerichte aufgelaufenen Kosten, in welche die Klägerin

von den vorigen Richtern verurtheilt worden ist. — Da, wie aus den bisherigen Ausführungen hervorgeht, ein Theil der Beschwerden nicht unbegründet erschien, indem unter acht Beschwerden dreien abzuhelfen war, so mußte ein Theil der Kosten compensirt werden. Dieß konnte indessen nur zu einem Drittheil derselben geschehen, da der wichtigste der in Betracht kommenden Streitpunkte — wegen des Beweises der Zahlung der Frühstücks-Forderung — zu Ungunsten der Klägerin zu erledigen war, und da zwei der abzuändernden Punkte von sehr geringfügiger Bedeutung sind.

III. Durch Stellung der dritten Beschwerde hat die Klägerin, allem Anscheine nach, darauf hinwirken wollen, daß schon jetzt die Folgen festgestellt würden, welche nach Ableistung oder resp. Nicht-Ableistung der verschiedenen der einen und anderen Parthei aufgelegten Eide einzutreten hätten. Offenbar ist ein solcher Ausspruch in dritter Instanz, wenn auch nicht absolut unstatthaft, doch im vorliegenden Falle nicht motivirt. Das Stadtgericht hat nämlich die schließlich abzugebende Entscheidung mit gutem Grunde ausgesetzt, da die Eventualitäten, welche sich nach dem Eidestermin ergeben werden, verschieden sein können, nicht allein je nachdem die Eide im Allgemeinen geleistet werden oder nicht, sondern je nachdem die Schwörenden innerhalb der Eidesformeln Abstufungen machen oder nicht machen.

In Gemäßheit des Bisherigen war in Beziehung auf die den Beklagten vom Stadtgerichte aufgelegten Eide B. 3, B. 5 und B. 6 reformatorisch zu sprechen, und hatte von den Kosten dieser Instanz dasselbe zu gelten, was oben ad II. in Beziehung auf die Kosten voriger Instanz bemerkt worden.

187.

Andreas Biffar zu Deidesheim, als Inhaber der Rheinischen Früchtehandlung dortselbst, Kläger und Widerbeklagter, gegen **Gustav Warnecke** dahier, Beklagten und Widerkläger, Forderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 11. März 1857.

In Erwägung, daß

I. die fremde, dahier mit Gütern nicht angesessene Klägerin der Kosten wegen Caution zu leisten hat;

II. die in Bezug auf die klägerische Activlegitimation gemachten Einwendungen, welche Beklagter durch die Behauptung zu begründen sucht, nicht der die Vollmacht unterzeichnet habende Andreas Biffar, sondern Franz Peter Buhl sei Inhaber der klagenden Handlung, um deßwillen nicht zu beachten sind, weil es nach Lage der Acten lediglich darauf ankommt, ob Biffar die klagende Rheinische Früchtehandlung zu vertreten befugt ist, was nach der Bescheinigung des Bürgermeisteramts zu Deidesheim, auf der Vollmacht und dem aus der Producirung der Schreiben [13] [14] [15] zu folgernden beklagtischen Eingeständniß, daß Biffar mindestens der Procurist der Rheinischen Früchtehandlung sei, nicht zu bezweifeln steht;

III. die aus dem Umstande, daß zur Zeit der angestellten Klage einige Posten des eingeklagten Contocorrentes noch nicht verfallen waren, von dem Beklagten hergeleitete Einrede der Zuvielforderung ratione temporis ausweislich der die betreffenden Beträge nur für die nunmehr auch längst eingetretene Verfallzeit fordernden Klagbitte und bei der klar vorliegenden beklagtischen Zahlungsweigerung ohne rechtliche Wirkung bleiben muß;

IV. von beklagtischer Seite die eingeklagten Beträge, sowie die

angegebenen Verfallzeiten, mit Ausnahme des von der Klägerin selbst fallen gelassenen Postens ad 1 fl. 12 kr. für berechnete Retourspesen, an sich für richtig erkannt werden, mithin die klägerischen Forderungen mit 650 fl. 48 kr. nebst 5 pCt. Zinsen vom Tage der mitgetheilten Klage, dem 10. Mai 1856, 62 fl. 46 kr. nebst 5 pCt. Zinsen, von demselben Tage, 216 fl. 24 kr. nebst 5 pCt. Zinsen vom 30. Mai 1856, 219 fl. 33 kr. nebst 5 pCt. Zinsen vom 13. Juni 1856, 39 fl. 9 kr. nebst 5 pCt. Zinsen vom 28. Juni 1856 ab, als feststehend anzunehmen sind;

V. die Behauptung des Beklagten, Franz Peter Buhl habe ihm für seine Bemühungen bei der im Jahre 1852 stattgefundenen Gründung der klagenden Handlung für Förderung ihres Betriebs und als Entgeltung für seine dabei gehabten beträchtlichen Ausgaben und Verluste zu Anfang 1853 und noch später wiederholt für die ganze Dauer der Existenz der Rheinischen Früchtehandlung eine Provision von 10 pCt. des Facturabetrags aller (gleichviel ob direkt oder durch ihn oder Andere) verkauft werdenden Waaren versprochen, sich nach seinem eigenen Schreiben vom 24. August 1855 insofern als unwahr erweist, als er sich in demselben nur in Bezug auf die durch ihn für die klagende Handlung verkauft werdenden Früchte für provisionsberechtigt erklärt, Beklagter auch in seinem eigenen Contocorrente fragliche Provision bis zum 31. December 1855 bereits in Rechnung gebracht und sich dem ohngeachtet, und zwar ohne allen Vorbehalt, noch für einen Saldo von 2397 fl. 53 kr. der mit Schreiben vom 18. April 1855 sogar auf 2430 fl. 43 kr. erhöht wurde, als Schuldner der klagenden Handlung, resp. deren früheren Inhabers, erklärt hat, was er nicht hätte thun können, wenn ihm damals noch weitere Provisionsforderungen zugestanden hätten, er auch der klägerischen Behauptung, daß ihm von Seiten Biffar's auf die eingeklagten Sendungen sogar eine Provision von 12 pCt. in Abzug gebracht worden sei, keinen Widerspruch entgegenzusetzen vermochte; Beklagter mithin weder

VI. eine Provisionsforderung von 1250 fl. oder wieviel weniger wegen angeblich von der klägerischen Handlung für den Betrag von 12,500 fl. oder wieviel weniger nicht direkt durch ihn verkauften Früchte compensiren oder retiniren kann, noch

VII. berechtigt erscheint, reconveniendo von der Klägerin Rechnungsstellung über den gesammten Absatz der Rheinischen Früchtehandlung seit dem Beginne des Jahres 1853 bis zum 1. Mai 1856, in soweit solche nicht durch ihn selbst bewerkstelligt wurde, und Entrichtung von 10 pCt. des Totalbetrags, abzüglich des zur Compensation erforderlichen Betrags sammt Zinsen, zu verlangen; es daher auch

VIII. einer Eruirung der Frage, ob Biffar die Rheinische Früchtehandlung mit oder ohne die Verbindlichkeit ihres früheren Inhabers übernommen habe, in keiner Weise bedarf und ebensowenig

IX. ein Grund vorhanden ist, die Klägerin zu einer cautio de eventualiter restituendo anzuhalten;

aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

A. die Klägerin hat binnen acht Tagen der Kosten wegen bis zu dem Betrage von 75 fl. Sicherheit zu leisten, bei Vermeidung, daß sie mit der erhobenen Klage, unter Verurtheilung zum Kostenersatz, angebrachtermaßen abgewiesen werde.

Für den Fall, daß sie dieser Auflage nachkommt, wird

B. der Beklagte, unter Verwerfung seiner Einreden, verurtheilt, der Klägerin binnen 14 Tagen 713 fl. 34 kr. nebst 5 pCt. Zinsen vom 10. Mai 1856, 216 fl. 24 kr. nebst 5 pCt. Zinsen vom 23. Mai 1856, 22 fl. 54 kr. nebst 5 pCt. Zinsen vom 30. Mai 1856, 219 fl. 33 kr. nebst 5 pCt. Zinsen vom 13. Juni 1856 und 39 fl. 9 kr. nebst 5 pCt. Zinsen vom 28. Juni 1856 abzubezahlen;

C. der Beklagte und Widerkläger mit der erhobenen Widerklage abgewiesen und

D. verurtheilt, der Klägerin und Widerbeklagten die in Vor- und Widerklage entstandenen Streitkosten, nach vorgängiger Taxation, zu ersetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 11. Mai 1857.

Auf Appellation der Beklagten.

Der unter der Bezeichnung Rheinische Früchtehandlung zu Deidesheim aufgetretene Kläger Andr. Biffar versuchte die von ihm

eingeklagte Forderung der nunmehr allein in Betracht kommenden zehn ersten Soll-Posten des Rechnungsauszugs in der Klagschrift nur damit zu begründen, daß die Rheinische Früchtehandlung zu Deidesheim dem Beklagten zu verschiedenen Zeitpunkten, zum ersten Male am 28. September 1855 und zum letzten Male am 28. December 1855 Früchte zu den berechneten Preisen verkauft und geliefert habe. Der Beklagte entgegnete, daß er die fraglichen Kaufgeschäfte nicht mit dem Kläger Andr. Biffar, sondern mit Franz Peter Buhl gemacht habe, welcher zu der entsprechenden Zeit der alleinige Inhaber des unter der bezeichneten Firma betriebenen Geschäfts gewesen sei und es sogar noch jetzt sei, daß dagegen Biffar bei dem Abschlusse dieser Käufe nur als Geschäftsführer des Franz Peter Buhl thätig gewesen sei. Nachdem nun der Kläger zur Widerlegung dieser Einwendung des Beklagten in seiner Replik behauptet hatte, er habe im April 1855 das Geschäft von Buhl für eigene Rechnung, und zwar ohne Ausstände und Passiven, übernommen und fortgeführt, er sei Ende April 1855 hier bei dem Beklagten gewesen, habe demselben von der Uebernahme des Geschäfts durch ihn Kenntniß gegeben, es habe darauf der Beklagte sich bereit erklärt, von ihm, Biffar, Früchte zu beziehen, und er habe demselben dagegen, statt des von Buhl bewilligt gewesenen Rabatts von 10 pCt., einen Rabatt von 12 pCt. auf die zu beziehende Waare bewilligt, erkannte der Beklagte in seiner Schlußerklärung mit den Worten:

> „vielmehr bemerkte er (Biffar) nur eines Tags im April vorigen Jahres (1855) beiläufig im Gespräch und scherzweise, das Geschäft gehe Herrn Buhl nichts mehr an,“

jene Behauptungen des Klägers zwar in soweit als richtig an, allein er bestritt doch unmittelbar vorher, daß ihm von dem Kläger die von diesem behauptete Notification gemacht worden sei und bezeichnete in seiner Schlußerklärung das obige Vorbringen des Klägers, unter Angabe eines anderen Sachverhalts, als ein erlogenes.

Bei dieser Sachlage kommt nichts darauf an, wer zur Zeit der Ausstellung der von dem Anwalte des Klägers beigebrachten Vollmachten vom 28. März 1856 Inhaber des in Deidesheim unter der Firma „Rheinische Früchtehandlung“ betriebenen Geschäfts gewesen sei und es kann deßhalb hier ganz unerörtert bleiben, welchen

rechtlichen Werth die auf jener Vollmacht befindliche Bescheinigung des Bürgermeisteramts zu Deidesheim: „daß Andreas Biffar der alleinige Inhaber des Geschäfts sei," habe. Es hat vielmehr bei dieser Sachlage der Kläger Andr. Biffar den Grund seiner Klage: daß der Beklagte von ihm seit dem 24. September 1855 auf Bestellung in verschiedenen Sendungen käuflich die Waaren empfangen habe, worüber die Posten 1—10 des Soll lauten, zu beweisen, wogegen dem Beklagten der Gegenbeweis sowohl im Allgemeinen, als auch insbesondere dahin: daß er die fraglichen Kaufgeschäfte mit Franz Peter Buhl und nicht mit Andr. Biffar oder mit Letzterem nur in dessen Eigenschaft als Geschäftsführer des Franz Peter Buhl abgeschlossen habe, vorbehalten bleibt. Beiden Theilen steht es dabei zu, sich zur Führung ihrer Beweise des in den Voracten bereits enthaltenen Materials mitzubedienen.

Führt Kläger den ihm obliegenden Beweis nicht, oder erbringt Beklagter den ihm gestatteten Gegenbeweis, so ist der Kläger, weil dann die Kaufgeschäfte, aus welchen er klagt, zwischen ihm und dem Beklagten nicht zu Stande gekommen sind,

l. 32. D. de reb. cred. (12. 1)

mit seiner Klage angebrachtermaßen abzuweisen. Hiernach ist das stadtgerichtliche Urtheil in einer zwar theilweise den Beschwerden und Anträgen des Beklagten entsprechenden Weise abzuändern, im Uebrigen aber sind die von ihm aufgestellten Beschwerden als unbegründet zu verwerfen. Denn da der Beklagte selbst nicht allein nicht behauptet, sondern sogar bestritten hat, daß Andr. Biffar das von Franz Peter Buhl unter der Bezeichnung „Rheinische Früchtehandlung" in Deidesheim betriebene Geschäft, dessen richtige Firma aber den Vorschriften des in Rheinbayern geltenden französischen Handelsrechts entsprechende „Rheinische Früchtehandlung Buhl" gewesen zu sein scheint, während die von Andr. Biffar ausgestellte Vollmacht mit „Rheinische Früchtehandlung Biffar" unterzeichnet ist, übernommen habe, somit ein Grund nicht vorliegt, wegen dessen Andr. Biffar, welcher seinerseits erklärte, daß die Uebernahme des Geschäfts durch ihn ohne Mitübernahme der Ausstände und Passiven stattgefunden habe, für Forderungen, welche dem Beklagten gegen den an dem vorliegenden Rechtsstreite keinen Theil nehmenden Franz Peter Buhl

zustehen sollten, von dem Beklagten in Anspruch genommen werden könnte, so sind die von dem Beklagten, auf Grund einer solchen Forderung, vorgeschützten Einreden zu verwerfen gewesen und ist die auf gleichen Grund gestützte Widerklage unzulässig. Aus diesen Gründen wird hiermit zu Recht erkannt:

1) daß unter Aufhebung der Abschnitte B. und D. des stadtgerichtlichen Urtheils vom 11. März 1857 der Kläger Andreas Biffar, bei Vermeidung mit seiner Klage sonst angebrachtermaßen abgewiesen zu werden, binnen einer ihm von dem Stadtgerichte zu setzenden Frist zu beweisen habe:

   daß der Beklagte von ihm seit dem 24. September 1855 auf Bestellung in verschiedenen Sendungen käuflich die Waaren empfangen habe, worüber die Posten 1—10 des Soll lauten,

2) dem Beklagten bleibt der Gegenbeweis im Allgemeinen und insbesondere auch dahin vorbehalten:

   daß er die fraglichen Kaufgeschäfte mit Franz Peter Buhl und nicht mit Andr. Biffar oder mit Letzterem in dessen Eigenschaft als Geschäftsführer des Franz Peter Buhl abgeschlossen habe,

3) wegen der Kosten der ersten Instanz bleibt bis nach dem Ergebnisse der Beweisführung Verfügung vorbehalten;

4) die Kosten dieser Instanz werden gegeneinander aufgehoben.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 29. März 1859.

Auf beiderseitige Appellation.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 11. Mai 1857, wie hiermit geschieht, dahin zu bestätigen und abzuändern sei, daß Kläger binnen einer vom Stadtgericht anzuberaumenden Frist, unter Vorbehalt des Gegenbeweises für den Beklagten, zu erweisen habe:

Digitized by Google

daß, als Beklagter die in dem Contocorrent No. 1—10 des Soll verzeichneten Waaren bestellt habe, der Kläger Andreas Biffar Inhaber des Geschäftes „Rheinische Früchtehandlung zu Deidesheim" gewesen sei und Beklagter dieses gewußt habe,

worauf sodann in der Sache selbst und der Kosten erster Instanz halber weiter ergehen soll, was Rechtens.

Die Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz sind zu vergleichen und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Der Kläger verlangt mittelst seiner ersten Beschwerde jetziger Instanz die Aufhebung der von dem Appellationsgericht ihm auferlegten, resp. seinem Gegner nachgelassenen, Beweise und die Widerherstellung des betreffenden Theils des Stadtgerichts-Urtheils, eventualiter, daß in der ihm gemachten Beweisauflage statt der Worte: „von ihm," geschrieben werde: „von der Rheinischen Früchtehandlung." Diesem Verlangen war jedoch, auch in Beihalt der ersten Beschwerde des Beklagten in jetziger Instanz, nur in soweit zu entsprechen, als der in dem vorigen Urtheil dem Beklagten nachgelassene Beweis aufzuheben war, der Beweis des Klägers aber, wiewohl in anderer Fassung, beibehalten werden mußte. Das Fundament der erhobenen Klage besteht darin, daß der Beklagte von Biffar als Eigner der Rheinischen Früchtehandlung zu Deidesheim die in dem Contocorrent unter No. 1—10 des Debets verzeichneten Waaren zu den daselbst angegebenen Preisen gekauft und erhalten habe. Sämmtliche Theile dieses Klagfundamentes, mit Ausnahme der Inhaberschaft des Klägers, sind von dem Beklagten in der Vernehmlassung durch Stillschweigen und in jetziger Instanz ausdrücklich zugestanden. Es kommt daher gegenwärtig nur darauf an, ob zur Zeit der abgeschlossenen Kaufgeschäfte der jetzige Kläger Eigenthümer der Früchtehandlung gewesen ist. Der Beklagte hat dieses in Abrede genommen, indem er dagegen die Behauptung aufstellt, Eigner dieser Handlung sei damals Franz Peter Buhl und der jetzige Kläger

nur dessen Procurist gewesen; mit Buhl, vertreten durch Biffar, habe er schon früher abgeschlossen und sei der Meinung gewesen, daß auch bei den in Rede stehenden Geschäften in gleicher Weise verfahren werde. Von diesen Behauptungen ist der erste Theil, daß der jetzige Kläger Buhl's früherer Procurist war, zugestanden; auf den zweiten dagegen erwiedert, daß Beklagter schon im April 1855 erfahren habe, daß die Früchtehandlung fortan für Biffar's Rechnung gehe.

Wenn nun der Beklagte sich hierauf nur dahin erklärt hat, der Kläger habe damals beiläufig und im Scherz geäußert, die Früchtehandlung gehe Buhl nichts mehr an, so konnte in dieser Antwort ein genügendes Zugeständniß der Bekanntschaft des Beklagten mit der veränderten Stellung des Klägers zur Handlung nicht gefunden werden. Es war daher, da auch das Eigenthum an der Rheinischen Früchtehandlung zur Zeit der in Rede stehenden Kaufgeschäfte weder durch das, auf die Zeit der Klagerhebung sich beziehende Attest des Bürgermeisteramts, noch durch die als unbeschworene Zeugenaussage anzusehende Erklärung Buhl's in ausreichende Gewißheit gesetzt ist, dem Kläger der zweifache Beweis aufzulegen, daß er Inhaber des fraglichen Geschäfts zur Zeit des Kaufabschlusses gewesen sei und daß Beklagter davon Kunde gehabt habe. Selbstverständlich ist es, daß die Parteien bei dessen Führung sich des bisherigen Acteninhaltes bedienen können. Daß aber der Gegenbeweis nicht dadurch geführt werden kann, daß Beklagter den directen Abschluß mit Buhl beweiset, ergibt sich daraus, daß eine dahin gehende Behauptung von dem Beklagten nicht aufgestellt ist.

Für überflüssig eine dem Kläger zu machende Beweisauflage mit diesem in jetziger Instanz und dem ersten Urtheil zu halten, weil Kläger jedenfalls, entweder in eigenem Namen oder als Procurist von Buhl das Kaufgeschäft abgeschlossen habe, war aber um deßwillen unstattnehmig, weil Kläger in eigenem und nicht in fremdem Namen Klage erhoben hat und der Richter zu einer derartigen Klagänderung so wenig befugt ist, wie der Kläger beim Widerspruche des Gegners zu deren Gutheißung. Ebensowenig konnte man dem Letzteren darin beipflichten, er werde, wenn dem Beklagten die Kunde von der Eigenschaft, in welcher der Kläger contrahirt habe, nicht nachzuweisen sei, die Befugniß haben, die Lieferung zu condiciren, es sei

daher gleichgültig, ob die Klage als Kaufklage oder als Condiction angesehen werde, da gegen Letztere eine andere Vertheidigung möglich ist.

II. Von einer Beweisnachlassung an den Beklagten, resp. von ferneren Beweisen des Klägers auf Grund der von dem Beklagten in voriger Instanz aufgestellten und in der gegenwärtigen Theilweise modificirten ersten Beschwerde des Klägers konnte ebensowenig die Rede sein. Der Beklagte macht hiefür

1) den Umstand geltend, der Kläger sei in die Handlung eingetreten, ohne daß zuvor eine Liquidation stattgefunden habe und die üblichen Circulaire erlassen seien, er hafte mithin für deren Schulden.

Bei dieser Auffassung ist zweierlei mit einander verwechselt, der Eintritt in eine fremde Handlung unter Beibehaltung der früheren Firma und die Etablirung eines Geschäftes, dessen Bezeichnung von seinem Ort, Gegenstand oder Zweck entlehnt ist. In jenem Falle kann eine Verhaftung der Neueintretenden für die Schulden der bisherigen Handlung allerdings eintreten, wenn nicht die geeigneten Vorkehrungen dawider getroffen sind. Geschäfte dagegen, deren Name von dem Gegenstand rc. entnommen ist, kann man ohne Rücksicht darauf, ob gleichnamige Geschäfte an dem betreffenden Orte schon existiren, beliebig neu errichten, resp. in den Fabrikationsgebäuden und mit den Geräthschaften eines früheren gleichnamigen Geschäftes fortführen, ohne irgend eine Haftungsverbindlichkeit dessen zu übernehmen, welcher früher ein ebenso benanntes Geschäft betrieben hat. Nicht der Name des Etablissements, sondern der ihres Inhabers ist es, welcher bei dem Abschlusse von Geschäften entscheidende Bedeutung hat, ein Satz, welcher nach dem in Rheinbayern geltenden französischen Recht um somehr zur Anwendung kommen muß, als nach diesem die Firma nur aus dem Namen der gegenwärtigen Inhaber gebildet werden darf.

Code de commerce art. 21.

Pardessus Droit commercial Ed. 6 par de Rozière V. 3. § 978.

2) Der Beklagte behauptet aber auch ferner, der Kläger sei ihm, kraft besonderer Vereinbarung mit Buhl, verpflichtet, für die Schulden der Rheinischen Früchtehandlung zu haften, und es konnte sich daher fragen, ob nicht eine derartige Vereinbarung, welche der

Kläger in Abrede genommen hat, dem Beklagten zum Beweise zu verstellen sei. Eine solche Auflage wäre indessen bedeutungslos, da nach bekannter rechtlicher Vorschrift Verträge zu Gunsten Dritter, von speciellen, hier nicht vorliegenden Ausnahmen abgesehen, Dritten keine Rechte geben, und es an jeder Behauptung des Beklagten fehlt, daß und in welcher Weise jener angebliche Vertrag zwischen dem Kläger und Buhl auch für ihn obligatorische Wirkung erhalten habe.

Dem Obigen zufolge bedurfte es keines Eingehens auf die Frage, ob das Gegentheil derjenigen Thatumstände, auf welche sich die Einrede der Compensation, resp. die Widerklage, stützt, bereits in den Acten erwiesen vorliege; und ebenso wie die erste, war auch die zweite Beschwerde des Beklagten in voriger Instanz, Caution für die Rückgabe betreffend, zu verwerfen.

Da die Beschwerden beider Theile sich größtentheils als verwerflich dargestellt haben, so waren die Kosten gegenwärtiger Instanz zu vergleichen und es bei der Vergleichung der Kosten voriger Instanz zu belassen.

188.

Herrmann Scharff von Scharffenstein, Kläger gegen die Inhaber der Handlung **Gottfried Scharff,** Beklagte, Vorlegung von Urkunden betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 24. Juni 1857.

In Erwägung

1) daß Kläger zur Leistung einer Caution für die Prozeßkosten verbunden ist;

2) die Sache selbst anlangend, das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses an der begehrten Urkundenedition, und zwar eines interesse pecuniarum

lex. 13. Dig. 10. 4.

Glück, Bd. 11. S. 197.

Vangerow, Pandekten (Ausgabe von 1852) Bd. III. S. 626.

die wesentliche Voraussetzung jeder Exhibitionsklage bildet, zu deren Rechtsbeständigkeit überdem die genaue Bezeichnung der zu edirenden Urkunden gefordert wird,

lex 3. Dig. eod.

3) hiervon ausgehend, die erhobene Klage nur theilweise als begründet erkannt werden kann, weil — wenngleich die beklagtischer Seits wider die dermalige Exhibitionsklage als solche vorgeschützte Einrede der Verjährung für grundlos und verwerflich zu erachten ist, da, abgesehen davon, ob für den früheren Eintritt des Verjährungslaufes alle sonstige Vorbedingungen vorhanden gewesen, der Lauf der Verjährungsfrist für die dem Kläger competirende Exhibitionsklage jedenfalls erst mit dem Zeitpunkte der erlangten Mündigkeit

desselben, das ist mit dem 24. August 1830, seinen Anfang genommen, somit dermalen noch nicht vollendet ist.

lex. 3. Cod. VII. 39.
Wening-Jugenheim Pand., Bd. I. S. 104.
Puchta, Pand., § 90, S. 131 sub 3 a.
Vangerow, Pand., Bd. I. S. 258.

doch soviel

A. die auf das Societäts-Verhältniß des verstorbenen Alexander Scharff mit seinen Brüdern Gottfried und Johann Martin Scharff sich beziehenden Urkunden, insonderheit

a) den zur Einsicht begehrten Societäts-Vertrag betrifft, Kläger selber angibt, daß dieser Vertrag im Jahre 1820 mit allseitig freier Zustimmung aufgelöst, auch rücksichtlich dieser Auflösung ein eigener Separationsvertrag abgeschlossen und in diesen namentlich solche Vorbehalte zu Gunsten der Alexander Scharff'schen Kinder, wie deren schon in dem Societätsvertrag enthalten gewesen, aufgenommen worden seien; hiernach aber aus jenem erloschenen Societätsvertrag überhaupt keine Rechte mehr hergeleitet, die angerufenen Vorbehalte insbesondere, wenn überhaupt nur noch auf Grund des Separationsvertrags und insoweit als dieselben hier Aufnahme gefunden, geltend gemacht werden können, unter diesen Umständen aber keinerlei rechtliches Interesse Klägers an der Einsicht jenes antiquirten Societätsvertrags zu erfinden steht, daher sein hierauf gerichteter Antrag verworfen werden muß;

b) dagegen den Separationsvertrag anlangend, die Eigenschaft dieser die beiderseitigen Rechtsverhältnisse regelnden und nachweisenden Urkunde als eine gemeinschaftliche im Sinne Rechtens nicht zweifelhaft sein kann,

Glück, Bd. 22. S. 110.
Seuffert, Archiv, Bd. 4. No. 169.
Bender, Civil-Proz. (1854), S. 123 u. f. u. 124.

auch ein rechtliches Interesse des unbestrittenermaßen mit deren Inhalt unbekannten Klägers an der Edition dieser Urkunde anzuerkennen und durch die in dem Vertrag angeblich stipulirten Vorbehalte zu Gunsten der Alexander Scharff'schen Kinder für hinlänglich motivirt zu erachten ist, dies rechtliche Interesse durch die

vorgeschützte Einrede der Verjährung aller aus dem fraglichen Separationsvertrag herzuleitenden Rechtsansprüche Klägers nicht elidirt zu werden vermag, diese Einrede vielmehr als eine unbegründete und unstatthafte erscheint, weil darüber, ob die gesetzliche Verjährungszeit rücksichtlich der eventuellen Ansprüche Klägers bereits abgelaufen ist oder nicht, zur Zeit und insolange eine Entscheidung nicht erfolgen kann, als nicht feststeht, um welche Art Rechte es sich hierbei im Einzelnen handelt, sowie von welchem Zeitpunkt an der Lauf deren Verjährungsfrist datirt — Thatsachen, deren Eruirung gerade wesentlich mit Gegenstand des rechtlichen Interesses Klägers an der Einsicht des quästionirten Separationsvertrags und Zweck der hierauf gerichteten Klage ist; die Annahme der Beklagten dagegen, der Verjährungslauf habe rücksichtlich aller aus diesem Vertrag möglicher Weise resultirenden Rechtsansprüche Klägers sofort mit dem Tage der Errichtung desselben begonnen, sich jetzt schon insofern als ungerechtfertigt erweist, als die in dem fraglichen Vertrage zu Gunsten der Alexander Scharff'schen Kinder angeblich constituirten Vorbehalte, bezüglich deren eventuellen Eintritts in die Handlung Gottfried Scharff, wenigstens was den damals im fünften Lebensjahre stehenden Kläger betraf, offenbar auf eine spätere Zeit sich bezogen und insoweit bedingte waren, daher erst von dem Eintritt dieses Zeitpunktes an der Lauf der Verjährung beginnen konnte, Kläger darum mit Recht die vorgeschützte Einrede widersprochen und dieselbe auf Grund der aus der Sachlage resultirenden factischen Unmöglichkeit einer einläßlichen Erklärung auf dieselbe vor genommener Einsicht der fraglichen Urkunde als unstatthaft bezeichnet hat, diesemnach der Antrag auf Edition des in Rede stehenden Separationsvertrags an sich begründet erscheint, Beklagter jedoch nicht nur den Besitz dieser Urkunde läugnet, sondern gerade in Abrede stellt, daß ein solcher Vertrag überhaupt jemals abgeschlossen und niedergeschrieben worden sei, daher Kläger vor Allem den Beweis dieser nicht schon aus dem Inhalte der Urkunden in Anlage 1 und 2 sich ergebenden Thatsachen zu übernehmen hat, wogegen im Falle der Erbringung dieses Beweises der Besitz der Beklagten einer weiteren Bescheinigung nicht bedarf, da dieselbe alsdann, der Natur der Sache nach, bei ihr vorausgesetzt werden muß;

c) der Antrag auf Edition der lediglich auf das Guthaben des Alexander Scharff an die Handlung Gottfried Scharff Bezug habenden Geschäftsbücher der Letzteren aus den Jahren 1807 (rectius 1812) bis 1820 verwerflich erscheint, da ein rechtliches Interesse Klägers an deren Einsichtsnahme nicht weiter anerkannt werden kann, nachdem derselbe der Behauptung der Beklagten, daß Alexander Scharff nach seinem Austritt aus der Handlung Gottfried Scharff für seinen Capitalantheil an selbige vollständig befriedigt worden sei, replicando zu widersprechen nicht vermocht hat, diese Behauptung somit für zugestanden zu achten ist;

d) ebenso der Antrag auf Edition aller übrigen auf Eingehung und Trennung der Societät bezüglichen Scripturen und Literalien, als: Briefe von Klägers Vater, Copierbuch der Beklagten, Bilanzen und Quittungen, theils wegen Mangels genügender Bezeichnung der zu edirenden Urkunden, theils — und zwar anlangend die zuletzt erwähnten Bilanzen und Quittungen über die Herauszahlung des Alexander Scharff'schen Handlungs-Capital-Antheils — im Hinblick auf das vorerwähnte Zugeständniß des Klägers und des hiernach mangelnden rechtlichen Interesses wegen unberücksichtigt bleiben muß;

B. die auf das Forderungsverhältniß Alexander Scharff's aus dem Theilungsact vom 31. Juli 1826 Bezug habenden Urkunden in spec. die betreffenden Handelsbücher der Beklagten (Conto Alexander Scharff) und die Quittungen des Genannten über die demselben geleisteten Rückzahlungen anlangend

a) die Eigenschaft auch dieser Urkunden als gemeinschaftliche nicht zu bestreiten ist,

Vergl. die Citate sub 3 A. c. oben,

b) ebenso ein rechtliches Interesse Klägers an deren Einsichtsnahme auf Grund der unleugbaren Befugniß desselben, sich darüber Aufklärung zu verschaffen, ob und in welcher Weise das fragliche Forderungsverhältniß zur Erledigung gebracht worden, beziehungsweise seines Rechtes annoch ausstehende Forderungen seines Vaters für seinen Theil beizutreiben, anerkannt werden muß und um so weniger, als ein unmotivirtes vexatorisches erscheinen kann, als Beklagte nicht zu behaupten vermochte, daß Kläger von den in der

beantragten Weise klarzustellenden Verhältnissen bereits anderweit ausreichende Kenntniß erlangt habe;

c) die Einrede der Verjährung aller aus dem fraglichen Forderungsverhältnisse annoch herzuleitenden Ansprüche Klägers unbegründet erscheint, da nach Inhalt der beklagtischer Seits producirten Quittung noch im Jahre 1829 eine Abzahlung auf den in Rede stehenden Capitalantheil Alexander Scharff's geleistet worden, somit aber eine Unterbrechung des Verjährungslaufes eingetreten ist, in Folge dessen die 30jährige Verjährungsfrist dermalen noch nicht vollendet erscheint;

d) Beklagte den Besitz der zur Einsicht begehrten Handelsbücher nicht geläugnet hat, den Besitz der in Frage stehenden Quittungen aber einer weiteren Bescheinigung nicht bedarf, da vielmehr angenommen werden muß, daß Beklagte kaufmännischer Sitte gemäß nur gegen Quittung die Rückzahlung an Alexander Scharff geleistet habe,

hiernach der Antrag auf Vorlage der betreffenden Handelsbücher und Quittungen für begründet zu erachten ist, die gleichzeitig weiter beantragte Edition der beiderseitigen auf das fragliche Schuldforderungs-Verhältniß Bezug habenden Correspondenzen und Abrechnungen dagegen wegen Mangels jeder näheren Bezeichnung der zu edirenden Urkunden verworfen werden muß;

aus diesen Gründen wird zu Recht erkannt:

I. Kläger hat, der Kosten wegen, Sicherheit im Betrage von fl. 75 binnen 14 Tagen zu leisten, bei Vermeidung mit der erhobenen Klage, unter Verurtheilung zum Kostenersatz, angebrachtermaßen abgewiesen zu werden.

II. Die Erfüllung dieser Auflage vorausgesetzt, ist weiter verfügt:

A. Kläger hat binnen 14 Tagen, Gegenbeweis vorbehalten, rechtsgenügend darzuthun:

„daß, anläßlich des im Jahre 1820 erfolgten Austritts seines Vaters Alexander Scharff aus der Handlung Gottfried Scharff zwischen diesem und den übrigen Theilhabern der genannten Handlung ein Separationsvertrag abgeschlossen und niedergeschrieben worden sei,"

und kann Kläger zum Zwecke dieser Beweisführung sich der in Anl. 1 und 2 überreichten Urkunden, soweit diese relevant sein mögen, mitbedienen;

B. beklagte Handlung, bezüglich deren Inhaber, sind schuldig erkannt, in einer bei der Gerichtscommission vorzuberaumenden Tagfahrt diejenigen ihrer Handlungsbücher aus den Jahren 1826 bis 1829 incl., in welchen die laufende Rechnung des verstorbenen Alexander Scharff, bezüglich des ihm in dem Theilungs-Acte vom 31. Juli 1826 überwiesenen Capitalantheils enthalten ist, sowie die in ihrem Besitze befindlichen Quittungen des Alex. Scharff über die demselben geleistete Rückzahlung eben dieses Capitalantheils dem Kläger zur geeigneten Einsichtsnahme vorzulegen, oder aber, soviel die erwähnten Quittungen betrifft, zur Ableistung des Editionseides in öffentlicher Sitzung des Gerichts dahin sich bereit zu erklären:

„daß sie solche Quittungen nicht besitzen, deren Besitz nicht böslich zum Nachtheile des Klägers aufgegeben haben, auch nicht wissen, wo dieselben sich dermalen befinden."

C. Hiernächst soll in der Sache selbst und der Kosten wegen weiter erkannt werden, was Rechtens.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 21. September 1857.

Auf Appellation der Beklagten.

In Erwägung, daß

A. was den ersten Theil der aufgestellten Beschwerde anbelangt, nämlich, daß Kläger zu dem im angefochtenen Erkenntniß unter II A. normirten Beweise zugelassen worden sei,

1) die von der Beklagten gegen das bezügliche Editionsgesuch vorgeschützten Einreden in den Entscheidungsgründen des vorgedachten Erkenntnisses unter 3 A. b. ihre vollständige Widerlegung gefunden haben, und daß

Digitized by Google

2) insbesondere die Einrede der Verjährung zu verwerfen ist, da die actio ad exhibendum von dem Kläger nicht als in seiner Eigenschaft als Erbe, sondern als in eigenem Namen angestellt betrachtet werden muß,

L. 12. § 6. D. ad exhibend. (10. 4).

Glück, Commentar Thl. 11. § 743. S. 231.

Puchta, Pandekten S. 568. § 398. note e.

und hiernach in Anrechnung der Zeit der Unmündigkeit des Klägers die Verjährungszeit für die gedachte Klage bei deren Anstellung noch nicht abgelaufen ist,

B. dagegen die Beschwerde des Appellanten, welche in ihrem zweiten Theile gegen die Verfügung unter II. B. des angefochtenen Erkenntnisses gerichtet ist, begründet erscheint, da

1) aus dem nachgewiesenen und von der beklagten Handlung auch eingeräumten Umstande, daß Alexander Scharff, der Vater des Klägers, mit seinem mütterlichen Erbtheile von fl. — an die Handlung Gottfried Scharff angewiesen worden ist, nicht gefolgert werden kann, daß die bezüglichen Handlungsbücher und Scripturen als beiden Theilen gemeinschaftliche Urkunden anzusehen seien, indem die Erblasserin lediglich Gläubigerin dieser Handlung für ihr bei derselben verzinslich ausgestandenes Kapital gewesen und auch klägerischer Seits nirgendwo behauptet worden ist, daß sie mit der gedachten Handlung in einem anderweiten, eine solche Gemeinschaftlichkeit begründenden Geschäftsverhältniß gestanden habe, welchem nach der Miterbe Alexander Scharff, wovon Kläger seinen Anspruch herleitet, ebensowenig befugt gewesen wäre, die Gemeinschaftlichkeit der erwähnten Handlungsbücher und Scripturen zwischen ihm und der Handlung Gottfried Scharff geltend zu machen,

Entscheidungsgründe des Ober-Appellationsgerichts-Erkenntnisses vom 9. Oktober 1852 in Sachen Rolf's & Comp. ca. Strunk,

und da

2) selbst von dem Vorstehenden abgesehen, was die von dem Kläger erwähnten Quittungen anbelangt, demselben ein rechtliches Interesse an der Vorlage der mehrgedachten Urkunden abgeht, weil Beklagte den ursprünglichen Anspruch des Vaters des Klägers auf

die fragliche Summe zugestanden hat und jene Urkunden nicht als Beweismittel für den Kläger, sondern vielmehr möglicher Weise für die Beklagte rücksichtlich der Einrede der Zahlung zu dienen geeignet sein würden,

wird das stadtgerichtliche Erkenntniß im Uebrigen bestätigt und dahin abgeändert, daß dessen Abschnitt II. B. wegzufallen hat.

II. Die Kosten dieser Instanz werden compensirt, jedoch hat Appellat der Appellantin die Kosten dieses Bescheides und des heutigen Protokolls zur Hälfte zu ersetzen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 31. März 1859.

Auf beiderseitige Appellation.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 21. September 1857 zwar im Uebrigen zu bestätigen, soviel jedoch die Edition der Quittungen des Alexander Scharff über die Rückzahlung des ihm in dem Theilungsreceß vom 31. Juli 1826 überwiesenen Kapitalantheiles betrifft, dasselbe aufzuheben und statt dessen das Erkenntniß des Stadtgerichts vom 24. Juni 1857 wieder herzustellen, von den Kosten jetziger Instanz aber die eine Hälfte zu compensiren und die Beklagten in die andere Hälfte zu verurtheilen seien.

Entscheidungsgründe.

A. Auf den ersten Theil der erhobenen Editionsklage, nämlich auf die Vorlegung des angeblich im Jahre 1820 zwischen dem Vater des Klägers und seinen beiden Brüdern, als damaligen Inhabern der Handlung Gottfried Scharff, abgeschlossenen Separationsvertrages bezieht sich die jetzige Beschwerde der Beklagten, welche

dahin geht, daß wegen dieses Gegenstandes die stadtgerichtliche Beweisauflage bestätigt und nicht vielmehr die Klage, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten, abgewiesen worden sei.

Diese Beschwerde mußte als unbegründet verworfen werden. Dieselbe wird

1) darauf gestützt, daß die Editionsklage verjährt sei, indem der Kläger ausdrücklich erklärt habe, daß er als Erbe seines Vaters auftrete, dieser aber, da der fragliche Separationsvertrag zu Ende des Jahres 1820 abgeschlossen worden sein solle, schon seit dem 1. Januar 1821 habe klagen können, die dreißigjährige Verjährung daher, auch wenn man die Zeit vom Tode des Vaters (21. Juli 1829) bis zur Mündigkeit des Klägers (24. August 1830) abrechne, schon längst vor der, am 19. März 1857 insinuirten, Klage abgelaufen ist.

Es handelt sich bei der verlangten Edition offenbar gar nicht um ein schon für den Vater des Klägers begründet gewesenes und auf den Kläger vererbtes Klagerecht, sondern um ein Klagerecht aus der Person des Klägers selbst. Wer als Erbe in ein Rechtsverhältniß eintritt und zu dessen Geltendmachung der Vorzeigung einer Sache oder Urkunde bedarf, der hat durch dieses Bedürfniß einen selbstständigen Anlaß zur Anstellung der actio ad exhibendum, er klagt somit aus eigener Person, ohne daß es darauf ankommt, ob sein Erblasser ebenfalls schon in der Lage war, die gleiche Klage anstellen zu können. Die Richtigkeit dieser aus Natur und Zweck der actio ad exhibendum sich ergebenden Auffassung wird durch

l. 12. § 6. D. h. t. (10. 4)

außer Zweifel gestellt, wie denn auch in der Doctrin kein Streit darüber ist. Steht die Klage aber dem Kläger aus seiner Person zu, so konnte die Verjährung jedenfalls erst mit der Mündigkeit desselben, also mit dem 24. August 1830, beginnen, und ist noch nicht abgelaufen, einerlei, ob die Rechte, über welche sich der Kläger näheren Aufschluß verschaffen will, ihm selbstständig oder nur als Erben seines Vaters zustehen mögen. — Wenn der Kläger in der Klage bemerkt, daß er „als eins der Kinder und Erben von Alexander Scharff" ein naheliegendes Interesse habe, die Klarstellung des fraglichen Verhältnisses zu wünschen und zu diesem Zwecke die Vor-

lage der bezeichneten Urkunde zu begehren berechtigt sei, so steht dieß mit jener Auffassung durchaus nicht im Widerspruch, da der Kläger das Recht, um dessen nähere Kenntniß es ihm zu thun ist, aus einer Vertragsstipulation seines Vaters zu Gunsten von dessen Kindern herleitet, der Erwerb dieses Rechtes also auf seiner Eigenschaft als Kind oder als Kind und Erbe beruhte, während irgend eine Thatsache, welche schon dem Vater des Klägers Anlaß zu Anstellung einer Editionsklage gegeben hätte — wozu der Umstand, daß die fragliche Urkunde sich im Besitz der beklagten Handlung befunden haben soll, nicht genügen konnte — und welche den erblichen Uebergang eines solchen Klagerechtes auf den Kläger erkennen ließe, weder von Seiten des Klägers, noch auch von Seiten der Beklagten angeführt worden ist.

2) Die Beklagten meinen ferner, es fehle an einem Rechtsgrund zur Edition. — Unbedenklich ist jedoch der fragliche Separationsvertrag, wenn dessen Existenz erwiesen werden sollte, als eine für den Kläger gemeinschaftliche Urkunde anzusehen.

Aus dem vom Kläger zu führenden Beweise wird sich erst ergeben, ob der Separationsvertrag nur in einem Exemplar ausgefertigt, oder dem Vater des Klägers ein besonderes Exemplar zugestellt wurde. Im ersteren Falle würde ein wirkliches Miteigenthum der drei Contrahenten angenommen werden müssen. Indessen kommt die Ungewißheit über diesen Umstand nicht in Betracht; denn jedenfalls war die Vertragsurkunde dazu bestimmt, das Rechtsverhältniß von Alexander Scharff zu den in der Societät verbleibenden Inhabern der Handlung Gottfried Scharff für die Zukunft zu reguliren, und wurde deßhalb, ohne Rücksicht auf das Eigenthum an der Urkunde, vermöge ihres Inhaltes und Zweckes für die Interessenten eine gemeinschaftliche Urkunde im weiteren Sinne, ein s. g. documentum quasi commune.

l. 4. § 1. D. de edendo (2. 12).
l. 3. § 14. D. ad exhib. (10. 4).

Ohne Grund wenden die Beklagten dagegen ein, daß der Separationsvertrag nicht zur Begründung, sondern zur Auflösung eines Vertragsverhältnisses bestimmt gewesen sei; denn dessen ungeachtet ist die Urkunde, insofern durch sie festgestellt wird, daß und unter welchen

Modalitäten das frühere Vertragsverhältniß aufgelöst werden, und welche rechtliche Folgen deßhalb für die verschiedenen Contrahenten eintreten sollten, zur Regulirung ihrer künftigen Rechte und Verbindlichkeiten bestimmt, und muß daher als eine gemeinschaftliche anerkannt werden.

War der Separationsvertrag aber eine gemeinschaftliche Urkunde für die damaligen Contrahenten, so ist er es auch für den jetzigen Kläger vermöge seiner unbestrittenen Eigenschaft als eines der Erben seines Vaters. Ob die Beklagten bei Uebernahme der Handlung Gottfried Scharff in alle dieselbe betreffenden Verbindlichkeiten der früheren Inhaber eingetreten sind, darauf kommt es hier nicht an, da das durch die Gemeinschaftlichkeit einer Urkunde begründete Recht auf ihre Einsicht durch einen Wechsel in der Person des Besitzers nicht aufgehoben werden kann.

Hierdurch beseitigt sich auch der Einwand, welchen die Beklagten daraus hergenommen haben, daß der Kläger ein rechtliches Interesse an Vorlegung der Urkunde nur mit der ganz unbestimmten Angabe es sollten, wie mehrfach behauptet worden sei, in dem Separationsvertrag für die Kinder von Alexander Scharff gewisse Rechte wegen ihres Eintritts in die Handlung Gottfried Scharff stipulirt worden sein, zu begründen vermocht habe. Kann Jemand eine Urkunde, weil sie zur Regulirung seiner Rechtsverhältnisse errichtet wurde, als eine gemeinschaftliche ansprechen, so bedarf es zur Begründung des Editionsgesuches nicht erst noch des Nachweises, daß die Einsicht der Urkunde zur Erhaltung oder Förderung eines speciellen rechtlichen Interesses diene. Vielmehr darf er ohne Weiteres die Vorlegung verlangen, sobald dieses Verlangen sich nicht den Umständen nach als zwecklos und darum als ein Mißbrauch seines Rechtes darstellt. Ein solcher Mißbrauch hätte von den Beklagten dargelegt werden müssen; das ist aber nicht geschehen, vielmehr sprechen, ganz abgesehen von der Wahrheit oder Unwahrheit der bemerkten speciellen Stipulation, alle actenmäßigen Umstände, namentlich die Unmöglichkeit eigener Wissenschaft des Klägers und der während seiner Kindheit erfolgte Tod des Vaters, entschieden dafür, daß der Wunsch bestimmter Aufklärung über den Inhalt des Separationsvertrages ein gerechtfertigter sei.

Die mehrfache Berufung der Beklagten auf den Grundsatz: nemo contra se edere tenetur, stellt sich bei der durch die Gemeinschaftlichkeit der Urkunde begründeten Editionspflicht von selbst als völlig ungeeignet dar.

3) Die Beklagten machen weiter geltend, die etwaigen Hauptansprüche des Klägers, zu deren Aufklärung er die Edition verlange, nämlich die angeblich in dem Separationsvertrag zu Gunsten der Kinder von Alexander Scharff stipulirten Rechte, seien verjährt, und damit sei das rechtliche Interesse an der Edition weggefallen. Allein ganz abgesehen davon, daß, wie oben gezeigt, ein durch die Edition zu erlangender specieller Nutzen für die Rechtsverfolgung des Klägers nicht constatirt zu sein braucht, widerlegt sich das Argument schon dadurch, daß die Rechte, welche den Kindern von Alexander Scharff in dem Separationsvertrag etwa vorbehalten worden sein sollten, einerlei, ob sie ihnen selbstständig oder nur als Erben ihres Vaters zugedacht waren, soviel den Kläger betrifft, wegen der schon hervorgehobenen Unmündigkeit desselben bis zum 24. August 1830, noch gar nicht verjährt sein können.

4) Wenn endlich die Beklagten noch einwenden, es sei nicht bescheinigt, daß die fragliche Urkunde sich in ihrem Besitz befinde, so genügt es dagegen zu bemerken, daß, wenn überhaupt die Existenz eines schriftlichen Separationsvertrages erwiesen werden sollte, die dringendste faktische Vermuthung dafür spricht, daß eine für die Verhältnisse der Handlung Gottfried Scharff so wichtige Urkunde zu deren Papieren gekommen sein werde, die Beklagten aber in der Vernehmlassung auf die Klage ausdrücklich einräumen, daß sie bei Uebernahme der Handlung die sämmtlichen, auf das Geschäft bezüglichen Bücher und Scripturen mit übernommen haben.

B. Auf den zweiten Theil der Klage, nämlich auf die Vorlegung der Handelsbücher der Beklagten aus den Jahren 1826 bis 1829, soweit sie die Rechnung über den im Theilungsreceß vom 31. Juli 1826 an Alexander Scharff überwiesenen Capitalantheil aus seiner mütterlichen Erbschaft enthalten, sowie auf Vorlegung der von Alexander Scharff über die Rückzahlung dieses Capitalantheiles ausgestellten Quittungen, bezieht sich die jetzige Beschwerde des Klägers, welche dahin geht, daß der diesen Theil

der Klage betreffende (eine Verurtheilung der Beklagten enthaltende) Abschnitt des stadtgerichtlichen Erkenntnisses aufgehoben worden sei — wodurch implicite die Klage abgewiesen wurde — während derselbe zu bestätigen gewesen wäre.

Was hier zunächst

I. die Handelsbücher der Beklagten betrifft, so war die Beschwerde des Klägers für unbegründet zu achten.

1) Als gemeinschaftliche Urkunden können die Handelsbücher der Beklagten, soweit sie Aufzeichnungen über das fragliche Forderungsverhältniß enthalten, nicht angesehen werden.

Soviel die Verhandlungen der Parteien ergeben, war die Wittwe Scharff, geborene Stein, und später deren Sohn, Alexander Scharff, als ihr theilweiser Erbe, nur Darlehensgläubiger der Handlung Gottfried Scharff. Es kann aber nicht angenommen werden, daß jeder Gläubiger einer Handlungsfirma berechtigt wäre, die Handelsbücher der letzteren, soweit sie sich auf sein Guthaben und dessen Abtragung beziehen, als gemeinschaftliche Urkunden betrachtet zu sehen. Vielmehr muß, wie bereits in dem vom Appellationsgerichte angeführten Präjudicat des Ober-Appellationsgerichts, sowie früher in den Frankfurter Sachen:

Wertheimber ca. Spiro, November 1833. *)

Erlanger ca. Uffel, Juni 1844.

ausgesprochen worden ist, davon ausgegangen werden, daß die Geschäftsbücher einer Handlung der Regel nach nur für sie selbst und nicht für ihre Geschäftsfreunde zu einer urkundlichen Feststellung bestimmt sind. Wenngleich nun Ausnahmen hiervon vorkommen können, insbesondere bei einem Geschäftsverkehr zwischen zwei Kaufleuten Gemeinschaftlichkeit der beiderseitigen Handelsbücher, als von den Betheiligten beabsichtigt zu vermuthen ist, und auch abgesehen von diesem Fall, durch einen fortgesetzten Geschäftsverkehr eine die Gemeinschaft begründende stillschweigende Uebereinkunft bekundet werden kann, so muß doch, wo nicht besondere Umstände für eine solche Ausnahme sprechen, an der Regel festgehalten werden, an welcher auch durch die Reformation Thl. I. Tit. 31. § 20 offenbar nichts

---

*) Siehe Seite 334.

geändert ist. Nun beruft sich der Kläger zwar in jetziger Instanz darauf, daß die Wittwe Scharff, geborene Stein, über ihr Guthaben keine Bescheinigung in Händen gehabt, dagegen mit der Handlung Gottfried Scharff wegen desselben in laufender Rechnung gestanden habe. Allein theils würden diese Angaben zur Begründung einer Ausnahme noch nicht genügen, da unter der laufenden Rechnung nach der Darstellung des Klägers nur die Buchführung über das Guthaben selbst, nicht etwa die regelmäßige Mittheilung von Buchauszügen an die Gläubigerin verstanden werden kann, auch nicht näher bemerkt ist, wie sich nach dem Eintritt von Alexander Scharff das Verhältniß faktisch gestaltet habe; theils hätten diese Angaben, als zum Klagegrund gehörend, schon in erster Instanz gemacht werden müssen, wo nichts davon vorkommt.

2) Der Kläger hat außer der Gemeinschaftlichkeit auch noch das rechtliche Interesse, welches an der Vorlegung der Handelsbücher der Beklagten habe, als Klaggrund geltend gemacht. Es ist eine sehr bestrittene Frage, ob Jemand die Vorlegung einer Urkunde, an welches er kein specielles dingliches oder persönliches Recht hat, wegen seines rechtlichen Interesses zur Einsicht derselben verlangen kann. Auch wenn man indessen die Frage bejaht, so kann doch der Richter auf dessen Ermessen es hiebei ankommen würde,

l. 3. § 11. 14. D. ad exhib. (10. 4)

nur aus einem ganz dringenden Grunde der aequitas auf die Edition erkennen. Der vorliegende Fall war dazu jedoch nicht geeignet. Der einzige Grund, welcher zu Gunsten des Klägers sprechen würde, könnte nur in der Behauptung gefunden werden, daß der Nachlaß seines Vaters keine Papiere enthalten habe, welche über das fragliche Forderungsverhältniß Aufschluß gegeben hätten. Allein es würde zu weit führen, wenn der Mangel von Papieren, auch wenn er nicht durch eigene Sorglosigkeit, sondern durch die des Erblassers entstanden ist, schon genügen sollte, um von jedem Dritten Edition der Documente zu verlangen, bei deren Einsicht man rechtlich interessirt ist.

II. In Ansehung der in Frage stehenden Quittungen war dagegen die Beschwerde des Klägers als begründet anzuerkennen, da Quittungen als gemeinschaftliche Urkunden zwischen den Betheiligten

anzusehen sind. Allerdings werden Quittungen zunächst für den Schuldner und zu dessen Gebrauch ausgestellt. Dieß beruht aber darauf, daß es nur seltene Ausnahmsfälle sind, in denen der Gläubiger ihrer Einsicht bedarf. An sich beurkundet doch die Quittung eine Handlung, durch welche ein beiderseitiges Rechtsverhältniß betroffen wird, und bezweckt Sicherung des Liberationsaktes, welcher seine Wirkung so gut für den Gläubiger als für den Schuldner äußert. Die Ausstellung und Aushändigung der Quittung soll daher eventuell auch dem Interesse des Gläubigers dienen, wenn er ausnahmsweise zur Aufklärung über Zeit, Art und Betrag der geleisteten Zahlung der Wiedereinsicht derselben bedürfen sollte. Diese Auffassung, welche durch den wiederholten Einwand der Beklagten, daß die Quittung nur die Lösung, nicht aber die Begründung eines Rechtsverhältnisses bezwecke, nicht widerlegt wird, ist auch nicht bloß von andern höchsten Gerichten,

vergl. Seuffert Archiv IV. n. 169.

sondern auch schon von dem hiesigen Ober-Appellationsgerichte in der Frankfurter Sache

Dörffler ca. Michel & Deninger, Februar 1828.*)

gebilligt worden.

Der Einwand des mangelnden Interesses ist auch hier völlig grundlos, zumal da das rechtliche Interesse des Klägers sich über Fortbestand oder Tilgung des Schuldverhältnisses Gewißheit zu verschaffen, um nicht in der Hauptsache mit einem ganz oder theilweise unbegründeten Anspruche aufzutreten, ein unverkennbares ist.

Die Einrede der Verjährung ist hier gleich unhaltbar, wie bei dem ersten Theil der Klage, da die Verjährung, selbst wenn sie, wie die Beklagten meinen, schon am ersten Juli 1826 angefangen hätte, doch wegen der in die Unmündigkeit des Klägers fallenden Zwischenzeit vom Tode seines Vaters bis zum 24. August 1830, bei Anstellung der jetzigen Klage noch nicht abgelaufen sein würde.

Wegen des Besitzers der Quittungen auf Seiten der Beklagten genügt eine Verweisung auf die Entscheidungsgründe des Stadtgerichts.

---

*) Siehe Seite 335.

Es mußte daher hinsichtlich der Quittungen das stadtgerichtliche Erkenntniß wieder hergestellt werden.

b) Was den Kostenpunkt betrifft, so rechtfertigt sich die Aussetzung der Kosten erster Instanz, sowie die Conpensation der Kosten zweiter Instanz durch die Hauptentscheidung von selbst. Die Kosten jetziger Instanz waren, da die Appellation der Beklagten gänzlich verworfen, dagegen der Beschwerde des Klägers in einem wesentlichen Punkte entsprochen wird, zur Hälfte den Beklagten zur Last zu legen, zur Hälfte aber zu compensiren.

Auszüge aus den Seite 331 und 335 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

1. Wertheimber ca. Spiro 1833.

Außerdem mußte aber auch die positive Verfügung des vorigen Erkenntnisses, daß der Kläger eventualiter seine Handlungsbücher selbst vorzulegen habe, gänzlich wieder aufgehoben werden. Für jetzt ist nämlich nur davon die Frage, ob der Beklagte die Einsicht der Bücher im Originale zu dem Zwecke fordern könne, um sich selbst davon zu überzeugen, daß keine Nummer-Verzeichnisse von den offerirten Loosen in denselben enthalten seien. Für eine so exorbitante Maßregel fehlt es aber an allem genügenden Grunde. Wenn sich nämlich der Beklagte für dieses Verlangen auf den von einigen neueren Rechtslehrern aufgestellten Grundsatz beruht, daß die Handlungsbücher lediglich aus einer Reihe gemeinschaftlicher Urkunden bestünden, deren sich auch Dritte gegen ihren Schreiber bedienen könnten, so leuchtet die Widersinnigkeit dieser Behauptung, bei einiger näheren Ueberlegung, so sehr in die Augen, daß dieselbe keiner weiteren Widerlegung bedarf, nicht zu gedenken, daß auch diese Ansicht immer nur dahin führen könnte, den betreffenden passus der Bücher, nicht aber die ganzen Bücher vorzulegen, indem von einer Gemeinschaftlichkeit derselben doch jedenfalls nur insoweit die Rede sein könnte, als sich die einzelnen Eintragungen auf den die Edition Fordernden beziehen. Dahingegen beseitigt sich das von den vorigen Urtheilsverfassern gebrauchte Argument, daß Jeder ein Recht habe, die zu edirenden Urkunden im Original einzusehen und daß daher, falls die

Verzeichnisse quaest. sich nur in den Büchern des Klägers finden sollten, diese Bücher im Original producirt werden müßten, durch die ganz bestimmte Vorschrift der Stadt-Reformation

I. 31. 20.,

wonach es genügt, Bücher, welche geheime Dinge, so nicht Jeder wissen solle, enthalten, welches gerade bei Handlungsbüchern der Fall ist, in beglaubigten Auszügen zu ediren, zu begegnen.

2. Michel & Deninger ca. Dörffler 1828.

Was aber die Editionsverbindlichkeit des Beklagten anbetrifft, welche derselbe allein bestreitet, so war dieselbe im vorliegenden Falle von dieser Verbindlichkeit nicht freizusprechen, da auch die beklagte Partei zur Edition von gemeinschaftlichen Urkunden verpflichtet ist,

Reform: Thl. I. Tit. 31 § 20.

und Quittungen, welche unter Leuten, die in einem beständigen fortlaufenden Geschäftsverkehre miteinander stehen resp. ausgestellt und entgegen genommen worden, allerdings für gemeinschaftliche Urkunden zu achten sind, indem dieselben den Zweck haben, bei demnächstiger endlicher gemeinschaftlich vorzulegender Liquidation und Abrechnung zum Beweise darüber zu dienen, in welchem Maße bereits eine Tilgung der gegenseitigen Rechnungsverhältnisse stattgefunden habe. Dawider kann übrigens der Umstand, daß eine solche Quittung doch das freie Eigenthum des Empfängers werde, nicht in Betracht kommen, weil die Gemeinschaftlichkeit der Urkunde, vermöge deren der Aussteller befugt ist, von derselben zum Behufe eines zu führenden Beweises Gebrauch zu machen, daneben recht wohl bestehen kann.

Arg. L. 4 § 1. D. de edendo.

189.

Dr. jur. **Schady**, Kläger, Querulant und Appellant gegen Dr. med. **Ehmant**, Beklagten, Querulaten und Appellaten, Aufhebung eines Miethvertrages, jetzt Nichtigkeit eines appellationsgerichtlichen Erkenntnisses betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 11. April 1859.

Der Kläger hat gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts vom 25. Februar 1857, durch welches seine Appellationsbeschwerden über das Decret des Stadtgerichts vom 12. November 1856 und über das Erkenntniß desselben Gerichts vom 14. ejusdem sämmtlich als unbegründet verworfen worden sind, principaliter das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde, eventuell die Appellation dahier ein- und ausgeführt, und mittelst der letzteren seine Beschwerden voriger Instanz wiederholt. Es mußte aber die zeitig und in der gehörigen Form ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde für begründet erachtet werden, weßhalb nach der dermaligen Sachlage auf die Prüfung der Appellation nicht eingegangen werden konnte.

Zwar hat der Kläger

1) mit Unrecht einen Zweifel gegen die Gültigkeit des angefochtenen Erkenntnisses daraus hergenommen, daß dasselbe nur von drei Mitgliedern des Appellationsgerichts abgefaßt worden sei. Denn dieser Zweifel beseitigt sich vollständig durch die Vorschrift in § 9 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung vom 16. September 1856, bei welcher der Ausdruck „Bescheid" unverkennbar allgemein von jedem collegialisch zu fassenden Beschluß in anhängigen Rechtssachen verstanden werden muß. Es braucht deßhalb nicht darauf eingegangen zu werden, daß auch nach der früheren Frankfurter Gesetz-

gebung die Beschlußfähigkeit des Appellationsgerichts nicht von der jedesmaligen Mitwirkung aller 7 Mitglieder abhängig gemacht war.

2) Dagegen mußte der vom Kläger an erster Stelle geltend gemachte Nichtigkeitsgrund, daß eins der drei entscheidenden Mitglieder des Appellationsgerichts im vorliegenden Rechtsstreite bereits als Richter erster Instanz thätig gewesen sei, nach der concreten Lage der Sache als zutreffend anerkannt werden.

a) Ein Richter, welcher bei der Leitung und Entscheidung eines Rechtsstreites in erster Instanz mitgewirkt hat, wird zwar deßhalb nicht überhaupt unfähig, nach erfolgter Versetzung an Erkenntnissen der Appellationsinstanz in derselben Sache Theil zu nehmen. Vielmehr ist dieß ohne Zweifel der Regel nach zulässig, wenn es sich um die Appellation gegen Entscheidungen handelt, bei denen er nicht mitgewirkt hat, und es kann dahin gestellt bleiben, ob in solchem Fall auch nur eine Recusation begründet sein würde. Wohl aber muß die Unvereinbarkeit jener doppelten Thätigkeit anerkannt werden, wenn ein Richter in appellatorio miturtheilen soll, der gerade die eben angefochtene Entscheidung erster Instanz, sei es allein oder mit Andern, abgegeben hat. Devolutive Rechtsmittel haben den Zweck, daß die Richtigkeit einer Entscheidung unterer Instanz dem Urtheil einer anderen und höheren Gerichtsbehörde unterworfen werde. Wenn der entscheidende Werth dieser Einrichtung unverkennbar in der Gewährung einer völlig unabhängigen und neuen Prüfung der Sache liegt, so wird dabei auch ein Wechsel des Richterpersonals nothwendig vorausgesetzt, und es würde nur der Form, aber nicht dem Wesen eines devolutiven Rechtsmittels entsprochen, wenn die Entscheidung zwar von einer höheren Behörde ausginge, diese aber ganz oder theilweise mit denselben Personen besetzt wäre, welche das angefochtene Urtheil erlassen haben. Von jeder Gesetzgebung, welche devolutive Rechtsmittel anordnet, muß hiernach, wenn sie nicht selbst eine Modification eingeführt hat, angenommen werden, daß sie die Rechtsmittel in ihrem vollen Charakter habe gewähren wollen, und daß sie deßhalb die Mitwirkung desselben Richters in unterer und höherer Instanz, auch ohne es ausdrücklich auszusprechen, als einen wesentlichen Mangel in Hinsicht der Gerichtspersonen anerkenne. Weder das gemeine noch das Frankfurter Recht enthält aber für die Appellation eine

Bestimmung, welche auf eine Abweichung von diesem Grundsatz schließen ließe, im Gegentheil hat die Frankfurter Gesetzgebung den Grundsatz noch neuerlich für das Strafverfahren bestätigt.

Gesetz über das Verfahren in Strafsachen vom 16. September 1856 Art. 22.

Beruht sonach die Nothwendigkeit eines Wechsels der Richterpersonen auf der Natur eines devolutiven Rechtsmittels, so folgt daraus, daß ein Verstoß dagegen nicht, wie es von einigen Schriftstellern geschieht,

vergl. Wetzell, System I. S. 281,

als bloßer Recusationsgrund aufzufassen ist, sondern einen Richtigkeitsgrund bildet, und daß die Möglichkeit einer Identität des Richterpersonals bei anderen Rechtsmitteln kein Bedenken hiegegen begründen kann.

b) Im vorliegenden Falle steht fest, daß einer der drei Verfasser des angefochtenen appellationsgerichtlichen Erkenntnisses bis zu Ende des Jahres 1856 Mitglied des Stadtgerichtes I. war, und daß er zwar laut des Protocolls der Stadtgerichtsacten nicht an dem stadtgerichtlichen Erkenntniß vom 14. November 1856, wohl aber an dem stadtgerichtlichen Decret vom 12. ejusd., welches der Gegenstand der ersten Beschwerde des Klägers in voriger Instanz bildete, Theil genommen hat, indem die in Folge der Richtigkeitsbeschwerde anher eingezogene Erklärung des Appellationsgerichts vom 23. September 1857 die Versicherung enthält, daß in der Sitzung vom 12. November 1856, ausweislich des eingesehenen Sitzungsprotocolls, sämmtliche damalige Mitglieder des Stadtgerichts anwesend gewesen seien. Das jetzt angefochtene Erkenntniß stellt sich daher, soweit dadurch die Appellation des Klägers gegen das stadtgerichtliche Decret vom 12. November 1856 verworfen worden ist, dem obigen Rechtssatz gemäß als nichtig dar. In Folge davon mußte aber auch der übrige Inhalt des angefochtenen Erkenntnisses cassirt werden. Denn abgesehen davon, ob nicht schon die Einheit des Erkenntnisses dahin führen müßte, in der bei einem Theil desselben vorliegenden Unfähigkeit eines Richters einen wesentlichen Mangel für das Ganze anzuerkennen, liegt hier die Sache so, daß das gedachte Decret einen für das Haupterkenntniß präjudiciellen Punkt betraf, indem es den Kläger mit

mehreren nachträglich eingereichten Documenten, deren er sich zur Impugnation des Gegenbeweises bedienen wollte, wegen der prozessualischen Lage der Sache zurückwieß, während die Zulassung dieser Documente möglicher Weise eine dem Kläger günstigere Beurtheilung des Beweis- und Gegenbeweis-Ergebnisses hätte herbeiführen können. Hieran wird auch durch den Umstand nichts geändert, daß die fraglichen Documente zu den Acten zweiter Instanz gelangt sind, und das Appellationsgericht sie nicht bloß mit dem Stadtgericht für verspätet, sondern zugleich auch sachlich für bedeutungslos erklärt hat. Denn diese Erklärung bildet nur einen zweiten Entscheidungsgrund für die Bestätigung des Decrets vom 12. November 1856, wodurch die Documente von jeder Berücksichtigung völlig ausgeschlossen worden sind. Da aber diese Bestätigung, aus welchen Gründen sie auch erfolgt sein möge, sich als nichtig darstellt, so fehlt es über die Zulassung oder Nicht-Zulassung der Documente an einer Entscheidung zweiter Instanz, durch welche doch erst der Umfang der Beweis-Materie bestimmt werden mußte, und ohne welche daher die Grundlage für Prüfung des Beweis- und Gegenbeweis-Erkenntnisses an einer wesentlichen Unvollständigkeit leidet.

3) Nach diesem Resultat brauchte auf die beiden weiteren Nichtigkeitsgründe des Klägers nicht eingegangen zu werden. — — —

Die gegenwärtige Entscheidung hatte sich übrigens auf die Cassirung des ebengedachten Erkenntnisses zu beschränken, da diejenigen Mitglieder des Appellationsgerichts, welche an den stadtgerichtlichen Entscheidungen vom 12. und 14. November 1856 Theil genommen haben, dadurch nur an der Urtheilsfindung über die klägerische Appellation, nicht aber auch an der Prozeßleitung verhindert werden, das Appellationsgericht daher genügend besetzt bleibt, um über die Art und Weise, wie die Abfassung eines anderweitigen Urtheils herbeizuführen sei, das Erforderliche zu beschließen.

Dem neuen Urtheile mußte auch die Entscheidung über die Kosten zweiter Instanz anheimfallen, während die Kosten der gegenwärtigen Instanz, wegen des Erfolges der Nichtigkeitsbeschwerde, zu compensiren waren.

190.

F. L. Graubner & Söhne, Kläger gegen den Kammerrath **Oscar Bankwitz** zu Leipzig, jetzt den Gütervertreter in dessen Concurse, Advocat **Hennig** daselbst, Beklagten, zwei Wechselforderungen, jetzt Aufhebung von Real-Arresten betreffend.

Vorbemerkung.

Gelegentlich zweier Wechselklagen, welche die Frankfurter Handlung Graubner und Söhne gegen Oscar Bankwitz zu Leipzig bei dem Stadtgerichte erhoben hatte, war auf ein Guthaben des Beklagten bei Königswärter zu Frankfurt, Arrest zur Begründung des Gerichtsstandes und Sicherung der Klagforderung erwirkt worden. Nachdem später über das Vermögen des Beklagten von dem Gerichte zu Leipzig Concurs erkannt worden war, richtete der Letztere auf Antrag des Masse-Curators an das Stadtgericht zu Frankfurt eine Requisition auf Aufhebung des erkannten Arrestes. Wiewohl die Arrestimpetrantin, freilich ohne Angabe von Gründen, jener Aufhebung widersprochen, verfügte das Stadtgericht dennoch — nach vorausgegangener mündlicher Verhandlung mit Rücksicht auf reciproke Anerkennung der Universalität des Concurses — auf Aufhebung des Arrestes. Die Appellation führte zwar zu einer Bestätigung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses, allein das Ober-Appellationsgericht erkannte auf fortgesetzte Berufung unter dem 12. April 1859:

> daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 15. October v. J. wieder aufzuheben, die von den Klägern impetrirten Arreste für jetzt noch aufrecht zu erhalten, die Kosten erster Instanz auszusetzen, und dem

Gütervertreter im Banckwitz'schen Concurse zu überlassen sei, einen anderweiten Antrag wegen Aufhebung der gedachten Arreste bei dem Stadtgerichte anzubringen.

Die Kosten zweiter und dritter Instanz werden compensirt, und wird die Sache nunmehr an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Die Förmlichkeiten des von den Klägern ergriffenen Rechtsmittels würden, wenn dasselbe als Extrajudicial-Appellation zu betrachten wäre, nicht als gewahrt erscheinen, da die Kläger sowohl in voriger als jetziger Instanz unterlassen haben, gleich bei der Einwendung der Appellation ihre Beschwerden einzeln anzugeben. Die Appellation war jedoch als ordentliche aufzufassen, und für diesen Fall unterlag die Wahrung der Förmlichkeiten keinem Zweifel.

Die beiden Realarreste, um deren Aufhebung es sich handelt, wurden von den Klägern gegen den auswärtigen Beklagten, zur Sicherung der Forderung und zur Begründung des Gerichtsstandes impetrirt, und auf Grund derselben sind die beiden Wechselklagsachen, um deren Willen die Arrestanlegung stattfand, vor dem Stadtgericht zu Frankfurt bis zum Schluß verhandelt worden. Daß die Aufhebung eines solchen Arrestes, wodurch die Rechte des Impetranten als Prozeßpartei betròffen werden, einen Bestandtheil des anhängigen Prozesses selbst bilde, daß sie daher auch der ordentlichen Appellation (nach Maßgabe des Art. 62 der provisor. Proz.-Ordn.) unterliege, leidet im Allgemeinen keinen Zweifel. Es kann dieß aber auch nicht anders beurtheilt werden, wenn die Aufhebung des Arrestes als rechtliche Folge des gegen den Schuldner eröffneten Concurses verfügt wird. Daß die Competenz zu dieser Verfügung dem bisherigen Prozeßgericht verbleibe und nicht etwa auf das Concursgericht übergehe, bedarf am wenigsten da einer Auseinandersetzung, wo beide Gerichte verschiedenen Staaten angehören und die rechtliche Möglichkeit anerkannt ist, daß das Arrestobject unter Umständen Gegenstand eines Particular-Concurses werden könne, wie denn die Competenz des Stadtgerichtes vorliegend auch gar nicht bestritten worden ist.

Ob nun die Aufhebung des von einem Kläger erwirkten Arrestes auf Anlaß der Concurseröffnung gegen den Beklagten oder aus irgend einem andern-Rechtsgrunde verfügt werde, kann in der prozessualischen Eigenschaft dieser Verfügung keinen Unterschied machen. — Im ersteren Falle tritt nur der Masse-Curator an die Stelle des ursprünglich Beklagten. Sobald derselbe die Aufhebung des Arrestes beantragt, der Impetrant ihr aber widersprochen hat, stellt sich die verfügte Aufhebung immer als Entscheidung eines streitigen Incidentpunktes in dem anhängigen Prozeß, somit als der Rechtskraft fähig und der ordentlichen Appellation unterliegend, dar. Auch kann in dieser Hinsicht nichts darauf ankommen, in welcher Form der Antrag des Masse-Curators an das Prozeßgericht gebracht, und ob von diesem die geeignete Art des contradictorischen Verfahrens eingeleitet worden sei; ein deßfallsiger Mangel kann für den Appellanten möglicher Weise ein Gegenstand seiner Beschwerden sein, an dem Charakter der Entscheidung selbst aber nichts ändern.

II. Die Legitimation des Dr. Manhayn zur Vertretung der Banckwitz'schen Concursmasse mußte als genügend anerkannt werden. Er hat in beiden anhängigen Wechselklagsachen eine beglaubigte, namentlich aber auch auf die Beseitigung des hier fraglichen Arrestes gerichtete Vollmacht von dem Advocaten Moritz Hennig zu Leipzig als cur. bon. im Banckwitz'schen Concurse beigebracht. Damit war zwar keine Legitimation des Ausstellers in seiner ebengedachten Eigenschaft verbunden, allein dieser Mangel ist dadurch ersetzt worden, daß das Concursgericht zu Leipzig in seinem Requisitionsschreiben vom 10. Juni v. J. ausdrücklich den Advocaten Moritz Hennig daselbst als Gütervertreter im Banckwitz'schen Creditwesen bezeichnet und den in dieser Eigenschaft von ihm eingereichten Antrag dem Stadtgericht zu Frankfurt übersendet hat.

III. In der Sache selbst war die erste Beschwerde der Kläger, welche gegen die in voriger Instanz bestätigte Aufhebung der fraglichen Arreste gerichtet ist, für begründet zu achten.

Zwar machen die Kläger

1) mit Unrecht geltend, daß sie auf die Requisition des Concursgerichtes zu Leipzig vom 10. Juni v. J., indem dieselbe einen in den anhängigen Prozeß vor dem Stadtgericht zu Frankfurt ein-

greifenden Antrag enthalte, der nur durch einen Frankfurter Advocaten hätte eingebracht werden dürfen, eine Erklärung abzugeben überhaupt nicht schuldig gewesen seien. Jene Requisition läßt eine doppelte Auffassung zu. Das Concursgericht konnte von der Ansicht ausgehen, es bedürfe nur einer Berufung auf den zwischen dem Königreich Sachsen und der freien Stadt Frankfurt anerkannten Grundsatz der Universalität des Concurses, um sowohl das Stadtgericht zu Frankfurt als die Kläger zu überzeugen, daß der impetrirte Arrest durch den im Wohnorte des Schuldners eröffneten Concurs seine Erledigung finde; danach konnte das Requisitionsschreiben den Zweck haben, das Stadtgericht, nachdem es sich über die Zustimmung der Kläger Gewißheit verschafft haben würde, zur Aufhebung des Arrestes zu veranlassen, ohne für den Fall eines Widerspruches der Kläger dem weitern Verfahren vorgreifen zu wollen. Die Requisition konnte aber auch den weitergehenden Zweck haben, daß der dabei abschriftlich mitgetheilte Antrag des Masse-Curators als Grundlage eines einzuleitenden contradictorischen Verfahrens angesehen und schließlich darüber vom Stadtgericht richterlich erkannt werden solle. Daß nun die Kläger sowohl nach der einen, als nach der anderen Auffassung mindestens zu der einfachen Erklärung verbunden waren, ob sie in die Aufhebung des Arrestes einwilligten oder nicht, versteht sich von selbst. Welche Folgen aber eingetreten sein würden, wenn die Kläger sich auf die Rüge der Formwidrigkeit des Antrags beschränkt hätten, kann dahingestellt bleiben. Denn die Kläger haben

2) in ihrer Eingabe vom 6. August v. J. eventuell ausdrücklich erklärt, daß sie den zu Recht bestehenden Arrest mit allen ihnen zu Gebote stehenden Mitteln aufrecht erhalten würden. Bei diesem sachlichen Widerspruch, und da die Kläger ihre Begründung desselben zur Zeit noch nirgends vorgebracht haben, würde die erkannte Aufhebung des Arrestes nur gerechtfertigt sein, wenn die Kläger mit ihren Einreden gegen den Antrag des Masse-Curators für rechtlich präcludirt erachtet werden müßten. Dieß läßt sich aber nicht annehmen. Geht man von dem oben unter I. ausgeführten Gesichtspunkte aus, so konnte eine Präclusion der Kläger nur eintreten, wenn sie in einem ordnungsmäßig eingeleiteten Prozeßverfahren ihre Einwen-

bungen überhaupt oder in der gehörigen Weise vorzuschützen versäumt hätten. Es fehlte jedoch an der Einleitung eines Verfahrens, welches für sie in erkennbarer Weise die Pflicht vollständiger Vertheidigung herbeigeführt hätte.

a) Es ist schon hervorgehoben worden, daß die Requisition des Concursgerichtes zu Leipzig, von welcher die jetzt in Frage stehenden Prozeßschritte ihren Ausgang genommen haben, eine zweifache Auffassung zuläßt. Im Zweifel muß aber die erste Auffassung, wonach die Requisition nur den Versuch einer mit Zustimmung der Kläger herbeizuführenden Erledigung der Arreste bezweckte, als die richtige angesehen werden, theils weil die Einleitung eines zweiseitigen Prozeßverfahrens mittelst Requisition an das Prozeßgericht eine ungewöhnliche und formwidrige gewesen wäre und daher als beabsichtigt nicht vorausgesetzt werden kann, theils weil dieselbe mit dem Umstand, daß der Massecurator kurz vorher einem Frankfurter Anwalt für die beiden anhängigen Prozesse Vollmacht ertheilt und ihn namentlich autorisirt hatte, die Aufhebung der angelegten Arreste zu erwirken und zu dem Ende alle geeigneten Anträge bei der zuständigen Gerichtsbehörde zu stellen, nur dann in Einklang zu bringen wäre, wenn der Masse-Curator diese Vollmacht gleichzeitig widerrufen hätte, was doch nicht geschehen ist. Selbst wenn aber bei dem Antrag des Masse-Curators die bemerkte Absicht obgewaltet hätte, läßt sich doch nicht annehmen, daß die Kläger dieselbe nothwendig hätten erkennen und ihre Vertheidigung danach, wie auf eine Klage oder einen sonstigen prozessualischen Angriff hätten einrichten müssen. Vielmehr durften sie unbedenklich die erste Auffassung zu Grunde legen, und danach war die einfache Erklärung ihres Widerspruches gegen die Arrestaufhebung für jetzt genügend.

b) Das Stadtgericht verwies mittelst Decrets vom 16. Juni v. J. die eingegangene Requisition an die Gerichtscommission, damit daselbst die Kläger über die begehrte Aufhebung des Arrestes gehört würden, und es wurde zu diesem Zweck der Anwalt der Kläger allein vor die Gerichtscommission geladen. Mag es bei dieser Verfügung auch die Absicht gewesen sein, daß die Kläger, falls sie der Aufhebung der Arreste widersprechen wollten, zugleich die Gründe ihres Widerspruches bei der Gerichtscommission speciell darlegen

sollten, so war die Verfügung, indem sie nur auf einseitige Erklärung der Kläger gerichtet war, doch in keiner Weise geeignet, als ordnungsmäßige Einleitung eines contradictorischen Verfahrens zu gelten, die Kläger erkennen zu lassen, daß mehr als eine einfache Erklärung verlangt werde, und für sie die prozessualische Pflicht specieller Begründung ihres Widerspruches herbeizuführen. Hieran konnte dadurch nichts geändert werden, daß die Gerichtscommission am 2. August v. J. in Folge eines von Leipzig eingegangenen Erinnerungsschreibens nachträglich den Klägern eine Frist bei Vermeidung zu verfügender Arrestaufhebung bestimmte.

c) Nach Eingang der hiedurch veranlaßten schriftlichen Erklärung der Kläger ist denselben zwar vom Stadtgerichte durch Verweisung der Sache in die öffentliche Sitzung noch Gelegenheit „zur Begründung und Rechtfertigung des erhobenen Widerspruches" gegeben worden. Auch dieser Vorgang steht jedoch den Klägern nicht entgegen. Eine einseitige mündliche Ausführung ist für Fälle der Vertheidigung gegen einen Antrag im Gesetz vom 7. November 1848 nicht besonders vorgesehen. Hält man sich aber an die Analogie der daselbst in § 10—12, 39 f. getroffenen Bestimmungen, so kann die mündliche Verhandlung doch immer nur zu einer Rechtsausführung und nicht zum Vorbringen von Einreden und ihrer thatsächlichen Begründung bestimmt sein. Da es aber außer Zweifel steht, daß der Antrag des Masse-Curators beseitigt werden würde, wenn die Kläger aus irgend einem Grunde ein ihnen an dem Arrest-Object zustehendes Vorzugsrecht nachzuweisen vermöchten, so ist die Möglichkeit thatsächlich zu begründender Einreden gegeben, und mit diesen können die Kläger durch den anberaumten Verhandlungstermin nicht für präcludirt erachtet werden.

Bei dieser prozessualischen Lage der Sache erscheint dieselbe zur Entscheidung über die Aufhebung der Arreste noch nicht spruchreif. Wenn gleich daher die bisherigen Acten nicht die mindeste Andeutung ergeben, daß und aus welchem Grunde den Klägern an dem mit Arrest belegten Banckwitz'schen Guthaben bei M. Königswärter ein Recht zustehe, welches die Einziehung des Guthabens zur Concursmasse zu verhindern geeignet wäre, da der Arrest selbst, wie das Ober-Appellationsgericht in der Frankfurter Sache

Reutlinger ca. Herzog Adam von Würtemberg, Juni 1850*)

anerkannt hat, ein solches Recht nicht verleiht, so konnte es doch für jetzt bei der erkannten Aufhebung der Arreste nicht verbleiben, und mußte vielmehr dem Masse Curator, nachdem er von dem Widerspruch der Kläger durch das dem Concursgericht mitgetheilte stadtgerichtliche Erkenntniß vom 13. August v. J., so wie durch die Verhandlungen zweiter Instanz bereits Kenntniß erhalten hat, überlassen werden, einen anderweitigen Antrag wegen Aufhebung der Arreste bei dem Stadtgerichte anzubringen.

IV. Die zweite Beschwerde der Kläger, die Kosten erster Instanz betreffend, war in Folge der Hauptentscheidung insoweit für begründet zu achten, als die Verurtheilung der Kläger in diese Kosten aufgehoben werden mußte.

Dem Verlangen, den Masse-Curator in die Kosten zu verurtheilen, stand jedoch entgegen, daß das vom Stadtgericht eingeschlagene Verfahren, sofern es über das Erfordern einer einfachen Erklärung der Kläger hinausging, vom Masse-Curator nicht veranlaßt worden ist, sein allgemeiner Antrag, die Arreste aufzuheben, aber zur Zeit keinesweges als unbegründet und nach der obigen Auffassung seines Zweckes auch in der Form nicht als verwerflich erscheint. Unter diesen Umständen waren die Kosten erster Instanz auszusetzen.

Wegen der Kosten zweiter Instanz liegt keine Beschwerde vor. Die Kosten der gegenwärtigen Instanz mußten, bei dem reformatorischen Inhalt der Hauptentscheidung, compensirt werden.

Auszug aus den Seite 346 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

Matthäus Reutlinger ca. Herzog Adam von Würtemberg vom Jahre 1850.

Es fragt sich nur, ob überhaupt ein Gläubiger, welcher gegen seinen Schuldner Personalarrest ausgewirkt hat, wenn dieser zur

*) Siehe Seite 346 bis 351.

Abwendung desselben die angeblich schuldige Summe baar deponirt, dadurch nicht bloß dem Schuldner, sondern auch anderen Gläubigern gegenüber das Recht gewinnt, vorzugsweise aus diesen deponirten Geldern befriedigt zu werden, oder ob dies Recht durch die Concurs-Eröffnung erlischt, und das Depositum gleich anderen activis des Schuldners zur Masse und prioritätsmäßigen Befriedigung sämmtlicher Gläubiger gezogen werden darf? Diese Frage aber war, wie zweifelhaft sie auch erscheint, da in den Gesetzen und in der Literatur so wenig eine unmittelbare Entscheidung, als ein verläßlicher Anhalt zu deren Lösung zu finden ist, doch aus folgenden Gründen mit der sententia a qua zu verneinen.

Für Frankfurt steht nämlich, was schon vom Standpunkte des gemeinen Rechts anerkannt werden mußte und auch in den meisten Ländern unzweifelhaft Rechtens ist, schon längst durch Art. 49 der Wechselordnung vom Jahr 1739 gesetzlich fest und hat nicht bloß während der Großherzoglichen Regierung fortgegolten,

> vergl. Art. 458 der Prozeßordnung für das Großherzogthum Frankfurt,

sondern auch bei den Berathungen über die provisorische Prozeßordnung vom Jahr 1820 durch Verwerfung entgegengesetzter Vorschläge,

> vergl. Bender, Verhandlungen der gesetzgebenden Versammlung S. 45, 49 und 51,

so wie durch unveränderte Beibehaltung des obigen Art. 49 bei der im Jahre 1844 eingetretenen Revision der Wechsel-Ordnung eine neue Bestätigung erhalten, daß der Arrestschlag, gleichviel ob Real- oder Personalarrest, erbeten und ausgewirkt wird, weder ein Pfand-, noch ein sonstiges Vorzugsrecht im Concurse begründe. Sicherheit für den Streitgegenstand im Gegensatz der Sicherung des Gerichtstandes gewährt daher der Arrest nicht unbedingt für den ganzen wahren Betrag der Forderung, sondern bloß außerhalb des Concurses gegen nachtheilige Proceduren des Schuldners selbst, nach Eintritt des Concurses aber im Verhältniß zu anderen besseren oder gleich bevorzugten Gläubigern des Cridars überall nicht mehr, und hat denn auch der Arrest-Impetrant überhaupt nur bis auf die Höhe derjenigen Summen, welche ihm ohnehin als Gläubiger nach

Maßgabe des Locationsurtheils und nach dem Activbestande der Masse zukommen müßten, Aussicht und Anspruch auf Befriedigung. Nun aber ist

1) die Caution, gegen welche der verfügte Arrest wieder aufgehoben wird, nichts als ein Ersatz des Arrestschlags selbst, und kann daher nach der Regel: surrogatum sapit naturam ejus, cui surrogatur

Mevius de arrestis c. 25, nr. 63, 64, 94 in f.
Ejusdem decissiones P. IV. dec. 36.

an und für sich und ohne Hinzutritt besonderer Umstände keine andere Wirkung haben oder größere Sicherheit gewähren, als der Fortbestand des Arrestes selbst. Dabei wird man nun zwar Appellanten zugeben müssen, daß Caution und Arrest ganz verschiedene Rechtsverhältnisse seien und daß die zur Abwendung des Arrestes geleistete Caution darum noch nicht aufhöre, eine Sicherheitsleistung zu sein, sondern die allgemeine Natur jeder Caution behalte. Es gewährt jedoch nicht jede Caution, wie sich an der bekannten cautio judicio sisti zeigt, für die materielle Befriedigung Sicherheit, und so weit sie gerade hierauf berechnet, also als cautio judicatum solvi verlangt ist, bezieht sich dieselbe immer doch nur auf dasjenige, was auch ohne die Caution von Rechtswegen gefordert werden könnte und nur vielleicht nicht reell zu erlangen wäre; dies aber ist im Falle des Concurses, falls nicht Pfand- oder sonstige Vorzugsrechte dem Arrest-Impetranten zur Seite stehen, der Concursmasse gegenüber und im Verhältniß zu den übrigen Gläubigern, immer eben nur derjenige Theil der Forderung, welcher durch die Masse nach gänzlicher Tilgung der bevorzugten und bei gleichzeitiger partieller Deckung der gleich guten Concursforderungen befriedigt werden kann. Außerdem aber wird

2) der Personalarrest zwar an sich nicht durch die Cautionsleistung in Realarrest verwandelt, wie namentlich der Fall zeigt, wo letztere durch Bürgschaft geleistet würde. Die durch Deposition, wie hier, bewirkte Cautionsleistung ist indessen jedenfalls einem Realarreste durchaus vergleichbar, indem dieser Fall, wo der Arrestimpetrat selbst die schuldige Summe in die Hände des Gerichts niederlegt, von demjenigen sich wenig unterscheidet, wo bei einem Schuldner des Impe-

traten ein Verbot angelegt ist und dieser in Folge dessen in das gerichtliche Depositum zahlt, welcher Fall im § 54 der provisorischen Prozeß-Ordnung ausdrücklich unter den Realarrest gestellt ist. Abgesehen hiervon kann übrigens auch die für das gemeine Recht ganz unzweifelhafte Regel, daß Personalarrest nur in subsidium, und wo Realarrest überall nicht möglich ist oder doch keine ausreichende Sicherheit gewähren würde, eintreten dürfe,

vergl. Martin, Lehrbuch des bürgerl. Proz. § 241,
Linde, Lehrbuch des Civilproz. § 348 a. E.,
Heffter, System des Civilprozeß-Rechts § 407,
Schweppe, System des Civilrechts, Th. I, S. 421,

obwohl die provisorische Prozeß-Ordnung bei ihren den Arrestschlag betreffenden Vorschriften dieses Satzes nicht ausdrücklich gedenkt, darum noch nicht als aufgehoben gelten, zumal nicht bloß die natürliche Billigkeit und die der persönlichen Freiheit schuldige Rücksicht dafür spricht, sondern auch für den Arrest als Executionsmittel in

Reform. I. tit. 10 § 3 und tit. 45 § 15

die bloß subsidiäre Zulässigkeit des Personalarrestes genügend anerkannt ist.

Vergl. Orth, Anmerk. Bd. 5, S. 429, 432 und 506.

Wenn gleich daher nach Fassung der

§ 50 flg. der provisorischen Prozeß-Ordnung,

insoweit die Impetrirung eines Personal- oder eines Realarrestes dem Belieben des Gläubigers anheimgestellt ist, als derselbe, die sonstigen Erfordernisse des ersteren vorausgesetzt, nicht erst darzuthun braucht, daß ein Realarrest unthunlich sein oder ungenügende Sicherheit gewähren würde, so kann doch nicht, wie Appellant vermeint, in dem Maße ein freies Wahlrecht zwischen beiden Maßregeln von dem Gläubiger angesprochen werden, daß derselbe auch dann noch, wenn von dem Schuldner ein zum Realarrest geeignetes Object angeboten würde, unbedingt auf Personalhaft des Schuldners bestehen dürfte, vielmehr wird in solchem Falle unbedenklich der Realarrest dem Personalarrest substituirt werden müssen. Dem Anbieten eines Arrestobjects, aus dessen Werthe die Forderung, wenn erstritten, bezahlt werden solle, steht nun aber die Deposition des Schuldbetrages selbst offenbar völlig gleich; und insofern läßt sich daher allerdings

mit dem Appellationsgerichte sagen, daß dieß Depositum gleichsam ein an die Stelle des Personalarrestes getretener Realarrest, und jener dadurch in letzteren umgewandelt sei. Daraus folgt denn, daß für den Fall des Concurses diese Deposition weder besondere Sicherheit, noch irgend welchen Vorzug geben könne, um so gewisser, als es durchaus falsch ist, wenn Appellant, um jede analoge Anwendung für unstatthaft zu erklären, den Satz, daß Arrest im Concurse kein Vorrecht gewährt, für ein auf positiver Gesetzgebung beruhendes jus singulare ausgeben will, während er nur ein allgemein gültiges, in der Natur des Arrestes liegendes Prinzip ausspricht und namentlich auch von

Orth, Anmerk. Bd. 5, S. 484,

nicht auf den § 49 der Wechselordnung, sondern auf das gemeine Recht gegründet wird. Hierbei kann auch daraus, daß die Deposition in

§ 60 der provisorischen Prozeß-Ordnung,

der Pfandbestellung und Bürgschaft gleichgestellt ist, weder ein Bedenken entnommen, noch die Behauptung des Appellanten, daß er trotz des Concurses sich an das Depositum halten dürfe, gerechtfertigt werden. Denn theils sind hier nur in Bezug auf die Nothwendigkeit einer Relaxation des Arrestschlages jene drei Formen der Sicherheitsleistung einander gleichgestellt; theils wird auch nicht einmal ohne Weiteres sich behaupten lassen, daß, wo zur Abwendung des Arrestes Bürgen oder Pfänder bestellt sind, der Gläubiger bei ausbrechendem Concurse unbedingt für den ganzen Betrag seiner Forderung sich an dieselben halten dürfe. Vielmehr wird es auch hier immer noch darauf ankommen, in welchem Maße die Caution übernommen und ob für die gesammte Schuld selbst, oder ob nur für den aus der Aufhebung des Arrestes etwa erwachsenden Nachtheil oder für die durch den Arrestschlag genommenen Rechte Sicherheit zugesagt sei; und in dubio dürfte wohl nur letzteres anzunehmen stehen, wie denn sogar

Mevius de arrest. c. 25, nr. 62 sq.

dahin sich entschieden erklärt, daß die zu Vorbeugung oder Aufhebung eines Personalarrestes nöthige Bürgschaft als eine bloße cautio judicio sisti zu leisten und gemeint sei. Selbst aber, wenn man in

diesem Falle und bei bestellten Pfändern annehmen müßte, daß dann schlechthin, und vollaus die Befriedigung trotz ausbrechendem Concurse verlangt werden könne, so würde doch der Schluß, daß auch die mittelst Deposition geleistete Sicherheit durch den Concursausbruch in keiner Weise alterirt werde, sich deßhalb immer noch nicht ziehen lassen, weil dort neben dem Forderungsrechte durch die Cautionsleistung ein ganz neues, selbstständiges Recht gewonnen wird, bei der bloßen Deposition dagegen dies in keiner Weise zutrifft, da solchenfalls das Eigenthum des Geldes vorerst dem Impetraten verbleibt. Kommt nun diesem allem

3) noch hinzu, daß das Gesetz, betr. die Rangordn. der Gläub. vom 17. 1837 (Gesetzsamml. V., S. 248), mag dabei immerhin an einen Fall der vorliegenden Art nicht gerade gedacht sein, doch keine anderen, als die darin ausdrücklich erwähnten Vorzugsrechte im Concurse will gelten lassen, so konnte zwar die vorliegende Sache für zweifelhaft genug erachtet werden, um eine Compensation der Kosten dieser Instanz eintreten zu lassen; darin aber war den früheren Urtheilsverfassern beizutreten, daß Appellant, wie für denjenigen Theil seiner Forderung, welcher ihm in Folge des eröffneten Beweisverfahrens etwa noch würde zuerkannt werden, so auch für den ihm als liquide bereits zuerkannten lediglich aus der Gesammtmasse und in Concurrenz mit den übrigen Gläubigern seine Befriedigung nach Maßgabe des dereinstigen Locationsurtheils zu gewärtigen habe.

191.

Julius Lönhold, Kläger gegen die Ehefrau des Dr. med. **Johann Anton Maria Hoffmann, Anna Margaretha,** geb. Spieß, Beklagte, Aufhebung eines Kaufcontracts und Entschädigung betreffend.

Vorbemerkung.

Die Beklagte hatte dem Kläger am 17. Oktober 1855 ein Grundstück als „Bauplatz" verkauft. Schon während der ersten Vorbereitungen zum Hausbau (März 1856) hatten jedoch gegen letzteren die Dr. Wolff'schen Erben, auf Grund einer aus älterer Zeit herrührenden Servitut, außergerichtliche Einsprache erhoben. Kläger theilte dieselbe der Beklagten mit, diese widersprach, und Kläger begann nunmehr, nach vorgängigem Einverständniß der Beklagten, im Juni 1856 dennoch auf dem Grundstücke seinen Hausbau, wobei er für Maurer, Zimmermanns- und Steinmetzenarbeit nahe an 5000 fl. verausgabte, bezüglich sich wegen derselben verpflichtete. Die Dr. Wolff'schen Erben erhoben jedoch auf Unterlassung des Baus gerichtliche Klage, die dermalige Beklagte vertrat in diesem Prozesse, ungeachtet ergangener Litisdenunciation, den jetzigen Kläger nicht, und der letztere mußte den Hausbau unterlassen. Derselbe stellte daher nunmehr gegen die obengenannte Beklagte Klage an und zwar außer auf Rescission des Kaufes, Rückzahlung des Kaufpreises und dessen Accessionen 2c., auch weiter auf Ersatz der erwähnten Baukosten und eines angeblich ihm entgangenen Gewinnes von 5000 fl. (an Miethsgeldern aus dem fraglichen Hause 2c.).

Das Stadtgericht wies, unter Verurtheilung der Beklagten im Uebrigen, die genannten Ersatzforderungen zurück, und zwar 1) die Forderung wegen der Baukosten um deßwillen, weil Kläger durch die außergerichtliche Einsprache der Dr. Wolff'schen Erben, und das Verfahren derselben in einer andern ganz gleichen Sache (gegen

Walluf), in welcher sie bereits im März 1856 ein Bauverbot erwirkt hatten, von der drohenden Gefahr schon im Frühjahr 1856 Kenntniß gehabt, mithin nicht im Sommer dennoch seinen Bau hätte beginnen dürfen, und Folgeweise dem Kläger gegenüber die exceptio propriae culpae begründet sei; 2) die Forderung auf Ersatz des entgangenen Gewinnes wegen Ungewißheit des letzteren. —

Auf beiderseitige Appellation (Actenversendung) bezüglich der zurückgewiesenen Punkte wurde 1) zu der Baukostenforderung dem Kläger gegen die exceptio propriae culpae noch ein Beweis dahin nachgelassen, daß Beklagte zur Zeit des Verkaufes das Vorhandensein der fraglichen Servitut gekannt, jedoch dem Kläger verschwiegen habe, wogegen der Beklagten Gegenbeweis, insbesondere dahin, daß Kläger zur Zeit des Verkaufs gleichfalls jene Kenntniß gehabt, vorbehalten wurde; 2) die Ersatzforderung wegen des Gewinnes wurde salva liquid. zugelassen, jedoch soweit sie den Betrag des Kaufpreises überschreiten würde, noch vorgängig des Beweises, „daß Beklagte sich bei dem Vertragsschlusse einer Arglist schuldig gemacht habe." —

Das Ober=Appellationsgericht erkannte auf fortgesetzte beiderseitige Appellation am 19. Mai 1859:

„daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten und in der Sache selbst das beim Appellationsgerichte der freien Stadt Frankfurt eröffnete Erkenntniß vom 3. August 1857, wie hiemit geschieht, zwar in Betreff der Kosten voriger Instanz zu bestätigen, im Uebrigen aber aufzuheben und soviel

I. die Entschädigungsforderung des Klägers wegen der von ihm aufgewendeten Baukosten anlangt, Beklagte schuldig sei, die libellirten Posten, nämlich

1) die Summe von 2383 fl. 6 kr. für Maurerrechnung mit 5 pCt. Zinsen von 1000 fl. vom 1. August 1856 an und von der übrigen Summe von dem Tage an, von welchem an auch der Kläger dieselbe zu verzinsen hat;

2) die Summe von 1967 fl. 32 kr. für Zimmermannsrechnung mit 5 pCt. Zinsen vom Tage der insinuirten Klage an;

3) die Summe von 337 fl. 30 kr. für vollendete, und von 200 fl. als Entschädigung für bestellte aber unvollendete Steinmetzenarbeit mit 5 pCt. Zinsen von dem Tage an, von welchem an auch der Kläger dieselben zu verzinsen hat, nach vorgängiger Richtigstellung dieser sämmtlichen Posten binnen 14 Tagen zu bezahlen, wogegen ihr aber die sämmtlichen gefertigten Maurer-, Zimmermanns- und Steinmetzenarbeiten zu überliefern sind; — dagegen

II. Kläger mit der erhobenen Entschädigungsforderung, wegen des ihm entgehenden Gewinnes abzuweisen sei. Die Kosten erster Instanz werden zur Hälfte verglichen, in die andere Hälfte derselben Beklagte verurtheilt, die Kosten gegenwärtiger Instanz werden durchgängig compensirt und die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen."

Entscheidungsgründe.

I. Auf den im ersten Theil des angefochtenen Erkenntnisses behandelten Anspruch wegen Ersatzes aufgewendeter Baukosten beziehen sich Grav. I. der Beklagten, Grav. I., II. und IV. des Klägers.

A. Beklagte verlangt die Wiederherstellung des Stadtgerichts-Erkenntnisses, also die Zurückweisung der Klage, zunächst deßhalb, weil dieselbe der rechtlichen Begründung ermangle. Es genügt jedoch in dieser Beziehung im Allgemeinen eine Verweisung auf die Gründe der vorigen Richter. Was Beklagte zur Widerlegung dieser Gründe in gegenwärtiger Instanz vorgebracht hat, ist unhaltbar.

1) Die Behauptung, das fragliche Grundstück sei nicht bestimmt als Bauplatz verkauft worden, bedarf nach Ansicht der Verkaufsbedingungen und des dazu gehörigen Planes keiner besonderen Widerlegung.

2) Wenn Beklagte auszuführen sucht, in dem Verkaufe eines Grundstücks als Bauplatz liege nicht ohne Weiteres auch die Zusiche-

rung, daß der verkaufte Platz frei von jeder das Bauen verhindernden Servitut sei, so kann dem nicht beigepflichtet werden. Es kommt nicht darauf an, ob die Zusage expressis verbis auf die Servitutenfreiheit geht, sondern genügt, daß eine solche Beschaffenheit des Grundstücks versprochen ist, mit welcher die Existenz einer Servitut, sei es überhaupt, sei es einer gewissen Gattung, unvereinbar ist.

Vergl. L. 48. 75. D. de evict. (21. 2.)
L. 59. D. de contr. emt. (18. 1.)

3) Die Ansicht der Beklagten endlich, daß auf Grund der fraglichen Zusage nur Rescission des Kaufes, nicht Ersatz der aufgewandten Baukosten gefordert werden könne, findet in den Ausführungen der vorigen Richter, denen zufolge der Käufer in einem Falle der vorliegenden Art mit der actio emti den Ersatz seines gesammten Interesse zu fordern berechtigt ist, ihre Widerlegung.

Vergl. insbesondere L. 43 med. verb. „De sumtibus" D. de act. emt. vend. (19. 1).

Wollte man aber die von der actio emti geltenden Grundsätze hier zur Anwendung zu bringen deßhalb Anstand nehmen, weil die vorliegende Klage zu einer Zeit angestellt worden ist, wo die Eviction durch rechtskräftige Entscheidung noch nicht eingetreten war und in einem solchen Falle der Käufer mit der Contractsklage regelmäßig noch nicht auf Restitution des Kaufpreises u. s. w., sondern nur auf prozessualische Vertretung zu dringen befugt ist,

L. 74. § 2. D. de evict. (21. 2.)

Vergl. Heise und Cropp, Jurist. Abhdlg. I. 14 p. 230. 231.

so kann doch der Anspruch auch aus dem ädilitischen Gesichtspunkte des dictum promissum aufgefaßt und aufrecht erhalten werden. Unter Anderem läßt hierüber L. 61. D. de aedit. edict (21. 1) keinen Zweifel, wenngleich hier — weil das der gewöhnlichste Fall bei Passivservituten sein wird — lediglich an die Actio quanti minoris gedacht worden ist. Die einzelnen Petita der Klage stimmen auch mit diesem Gesichtspunkt überein, nämlich:

a) Rückzahlung der auf den Kaufpreis eingezahlten 436 fl. 41 kr. und Zinsen.

L. 29. § 2. h. t.

b) Befreiung von der der Verkäuferin gegenüber übernommenen Verbindlichkeit und Hypothek in Ansehung des Restkaufschillings.

L. 29. § 21. eod.

c) Erstattung der emtionis causa erogata,

L. 27. eod.

d) Vergütung der erlittenen damna und impensa.

L. 29. § 3. eod.

B. Die Einrede eigener Verschuldung erachten die vorigen Richter, ebenso wie das Stadtgericht für begründet und liquid, sie weichen nur darin von Letzterem ab, daß sie dem Kläger noch den Beweis einer replica doli nachlassen. Gegen jene Beurtheilung der Exception ist Grav. I. des Klägers gerichtet, welcher verlangt, daß die Einrede als unbegründet verworfen und er folgeweise mit einem Replikenbeweise nicht weiter belastet werde und dieser Beschwerde mußte entsprochen werden.

Allerdings ist

1) im Allgemeinen die Statthaftigkeit einer exceptio propriae culpae in Verhältnissen der vorliegenden Art nicht zu bezweifeln. Der rechtliche Grund derselben liegt aber nicht sowohl darin, daß der Käufer in seiner eigenen Angelegenheit die Pflichten eines bonus pater familias versäumt hat, als vielmehr darin, daß die Angelegenheit materiell (der Regreßpflicht wegen) zugleich eine Angelegenheit des Verkäufers war und die bona fides den Käufer verpflichtete, auch die Interessen seines Mitcontrahenten, soweit dies unbeschadet der eigenen Interessen möglich war, zu berücksichtigen. Hierin liegt denn zugleich der Maaßstab für eine anzunehmende culpa des Käufers. Nicht wie er als bonus pater familias gehandelt haben würde, wenn er keinen Regreß gegen den Verkäufer gehabt hätte, sondern nur das kann das Entscheidende sein, wie er gerade, mit Rücksicht auf die Regreßpflicht des Verkäufers, als redlicher Mann handeln mußte, um mit der vollen Wahrung der eigenen die möglichste Schonung der Interessen des Anderen zu vereinigen. Und hier ist es denn von vorn herein klar, daß der Käufer in allen Fällen durch den Consens des Verkäufers gedeckt wird.

Mehr kann er nicht thun, als daß er diesen selbst zum Richter darüber macht, was geschehen soll, und so handelt, wie derjenige der ihm zum Regresse verpflichtet ist, es unter den obwaltenden Umständen für angemessen erachtet. Von dieser Grundlage ausgehend kann

2) in concreto eine culpa des Klägers nicht angenommen werden. Es ist hier vor allen Dingen festzuhalten, daß der Anspruch nicht sowohl in der Verschweigung der Servitut, als vielmehr in der besonderen Zusage der Servitutfreiheit seine rechtliche Grundlage hat. Nun läßt sich schon dafür viel sagen, daß, wenn die Beklagte — wie dies wenigstens hinsichtlich der Verträge von 1818 zugestandenermaßen der Fall gewesen ist — zur Zeit des Verkaufs die betreffende Clausel bereits gekannt und gleichwohl den Platz als Bauplatz verkauft hat, darin insbesondere auch die Zusage gefunden werden muß, daß durch jene Clausel eine die Bebauung des Platzes verhindernde Servitut nicht begründet sei. Und geht man von dieser Grundlage aus, so könnte den Kläger der Vorwurf, daß er durch den Beginn des Baues sich der Beklagten gegenüber einer culpa schuldig gemacht, nur etwa dann treffen, wenn sich die Umstände inzwischen dergestalt geändert hätten, daß er zu der Annahme veranlaßt gewesen wäre, Beklagte würde, sofern ihr die dermalige Sachlage schon zur Zeit des Verkaufs bekannt gewesen wäre, die fragliche Zusage nicht gemacht haben. Eine solche Aenderung war aber nicht eingetreten. Die Wolff'schen Erben hatten allerdings außergerichtliche Einsprache gegen den Bau erhoben und Kläger konnte, nach ihrem gegen Walluf eingeschlagenen Verfahren, nicht daran zweifeln, daß sie, wenn er zum Bauen schreite, gegen ihn klagbar werden würden. Allein die fragliche Clausel war schon vor dem Verkaufe des Bauplatzes an den Kläger Gegenstand von Prozessen gewesen. Kläger durfte daher voraussetzen, Beklagte habe die Möglichkeit, daß Einer der Nachbarn auf Grund jener Clausel gegen Bebauung des Platzes die Hülfe der Gerichte anrufen werde, nicht verkannt, ihn aber im Voraus autorisirt, auf diese Gefahr hin den Bau zu unternehmen. — Es kann aber von der fraglichen Grundlage hier ganz abstrahirt werden. Kläger ist seinen Pflichten gegen die Beklagte jedenfalls dadurch vollständig nachgekommen, daß

er dieselbe von der Einsprache der Wolff'schen Erben benachrichtigt hat und zur Bebauung des Platzes erst geschritten ist, nachdem dieselbe sich hiermit einverstanden erklärt hatte. Wenn Kläger — und soviel hat Beklagte ausdrücklich zugestanden — die schriftliche Einsprache der Wolff'schen Erben der Beklagten überbrachte und diese die Erwiederung darauf durch ihren Anwalt verfassen ließ, so ist es klar, daß Beides mit Rücksicht auf die eventuelle Regreßpflicht der Beklagten geschehen ist, und wenn dieselbe, im Zusammenhange hiermit, damals dem Kläger bemerkt hat: „er solle sich nicht irre machen lassen," so liegt darin nicht blos eine Einwilligung, sondern sogar eine Aufforderung und Ermunterung dazu, daß trotz der Einsprache mit dem Bau begonnen werde und die Beklagte kann dem Kläger nicht vorwerfen, daß er durch Befolgung ihrer Aufforderung einer culpa gegen sie sich schuldig gemacht habe.

b) Mußte dem Vorstehenden zufolge die exceptio propriae culpae als unbegründet verworfen werden, so fiel der von den vorigen Richtern dem Kläger auferlegte Replikenbeweis ebenso wie der der Beklagten hierwider nachgelassene specielle Gegenbeweis von selbst hinweg. — — —

II. Der auf die Ersatzforderung wegen entgangenen Gewinnes sich beziehende zweite Theil der Sent. a qua ist von der Beklagten in Grav. I. mitangefochten, indem sie die Zurückweisung auch der hier in Rede stehenden Forderung beantragt. Sie stützt dieses Verlangen

1) darauf, daß in concreto eine Klage auf das Interesse überhaupt nicht begründet sei. In dieser Beziehung genügt es jedoch, auf die Ausführung oben sub. I. A. und die appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründe sub. II. 1. zu verweisen

2) auf die gänzliche Ungewißheit und Unbestimmtheit des angeblichen Verdienstes, welcher durch Nichtbauen entgangen sein solle — und hierin mußte derselben allerdings beigetreten werden. Die von den vorigen Richtern aus den Quellen angezogenen Beispiele sind sämmtlich der Art, daß das Subject oder Object, durch welches der Gewinn zu machen bereits vorhanden war und es nur der regelmäßigen Thätigkeit, resp. Benutzung desselben, bedurfte, um einen Verdienst zu erzielen. Hier wird allerdings auf die Möglichkeit,

daß durch besondere Zwischenereignisse der Gewinn vereitelt werden könnte, keine Rücksicht genommen. Ganz anders verhält es sich aber im vorliegenden Falle, wo das Haus, durch dessen Vermiethung etwas zu verdienen gestanden haben würde, erst noch erbaut werden sollte, also eine vorgängige außerordentliche Thätigkeit des Klägers erforderlich war, von deren Beschaffenheit und Erfolg erst die Möglichkeit desjenigen Gebrauchs abhing, mittelst dessen der Gewinn zu erzielen wäre. — Hier erscheint die Analogie der L. 19 D. de perecul. (18. 6) völlig zutreffend. Nur der unmittelbar entzogene Gewinn kann in Betracht kommen, nicht aber das, was, wenn diese Entziehung nicht stattgefunden hätte, weiter damit etwa zu verdienen gewesen wäre. Es versteht sich, daß man unter Umständen entgangene Miethgelder einklagen kann, aber nur dann, wenn bereits die factische Basis hierfür vorhanden und nicht selbst erst und zugleich den Gegenstand der Entschädigungsforderung des Klägers bildet.

III. Zwar nicht mittelst einer besonders formulirten Beschwerde, aber doch in hinlänglich bestimmter Weise, um Beachtung finden zu müssen, verlangt Beklagte, unter III. ihrer Appellationsrechtfertigung, daß ausgesprochen werde, die gesammte von ihr dem Kläger sowohl für aufgewandte Baukosten, als für entgangenen Gewinn zu leistende Entschädigung dürfe den Betrag der Kaufsumme (4136 fl. 41 kr.) nicht übersteigen. Diese Beschwerde behält ihre Bedeutung, obgleich der Entschädigungsanspruch wegen entgangenen Gewinnes zurückgewiesen wird, da die Gesammtsumme der Baukosten (4888 fl. 28 kr.) mehr beträgt als das Kaufgeld. Sie ist aber unbegründet.

Daß die Vorschrift in L. un. C. de sententiis quae pro eo quod interest (7. 47) nicht nur auf das lucrum cessans, sondern auch auf das damnum emergens geht, ist im Allgemeinen nicht zu bezweifeln. Wohl aber ließe sich fragen, ob die Anwendung jener Vorschrift nicht da cessiren müsse, wo der Schaden nicht die unmittelbare Folge der Vertragswidrigkeit ist und gewissermaßen eine natürliche Accession des Verlustes, resp. der Unzulänglichkeit des eigentlichen Vertragsobjectes, bildet,

Vergl. Vangerow, Lehrbuch. § 571. Anmerk. 4. sub I. 1 (III. pag. 51)

sondern, wenn gleich im ursächlichen Zusammenhange mit der Vertragswidrigkeit stehend, doch, wie der vorliegende, eine durchaus selbstständige Natur hat. Es kommt jedoch hierauf nicht an. Denn den vorigen Richtern muß nicht nur darin beigetreten werden, daß die Beschränkung auf das alterum tantum wegen dolus des Verkäufers cessire, sondern es muß mit

Glück, Comment. Bd. 20 pag. 93. 89

dem Falle, wo der venditor die ihm bekannten Fehler der Sache wissentlich verschwieg, derjenige gleichgestellt werden, wo der Verkäufer zwar unwissentlich aber leichtsinnig versicherte, daß die Sache keinen Fehler habe, wie ihn besonders treffend,

L. 13. § 3 D. de act. emt. vend. (19. 1)

hervorgehoben. Dies Letztere aber trifft hier zu, wo die Beklagte den fraglichen Platz als Bauplatz verkauft hat, obgleich sie wußte, resp. hätte wissen können und sollen, daß in den älteren Verträgen eine Claussel existire, welche die rechtliche Möglichkeit der Bebauung des fraglichen Platzes wenigstens zweifelhaft mache.

192.

Salomon Teblée, Kläger gegen Dr. **Emil Preetorius,** Beklagten, Wechselforderung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 26. Februar 1858.

In Erwägung, daß

1) der Beklagte das auf dem eingeklagten Wechsel befindliche Accept als das seinige und für ächt erklärt hat, somit nach Art. 23 der deutschen Wechsel-Ordnung wechselmäßig verpflichtet ist, die von ihm acceptirten Summen zur Verfallzeit zu zahlen;

2) nach Art. 12 und 13 der deutschen Wechsel-Ordnung der Indossant Carl Preetorius zur Indossirung des durch Blanco-Giro auf ihn übergangenen Wechsels auf den Kläger befugt war, somit Kläger durch die bis auf ihn hinuntergehende Reihe von Indossamenten nach Art. 36 der deutschen Wechsel-Ordnung zur Verfolgung der Wechselklage als Eigenthümer des Wechsels gegen den Acceptanten legitimirt erscheint;

3) alle Einwendungen des Beklagten, welche theils auf das Rechtsverhältniß des Acceptanten zum Aussteller L., oder zum Indossanten Carl Preetorius, theils auf dasjenige des Letzteren zum Kläger oder anderer auf dem Wechsel nicht einmal vorkommender Personen begründet werden wollen, als Einreden de jure tertii nach Art. 82 der deutschen Wechsel-Ordnung und Art. 91 der provisorischen Prozeß-Ordnung vom 30. December 1819 sofort verworfen werden müssen; und daher

4) nur die aus dem pacto de non petendo abgeleitete Einrede als gegen den Wechselkläger selbst gerichtet, jedoch nach Art. 91 der provisorischen Prozeß-Ordnung vom 30. December 1819 mit

der Wirkung zulässig erscheint, daß Beklagter den Wechselbetrag zu hinterlegen, die Aushandlung der Einrede aber im Wege des ordentlichen Verfahrens zu geschehen hat;

wird, unter Verwerfung der unter 3 oben gedachten Einwendungen, zu Recht erkannt:

1) Beklagter ist schuldig, den eingeklagten Wechselbetrag von 1000 fl. binnen 24 Stunden, bei Vermeidung wechselrechtlicher Execution, auf dem Rechnei-Amte zu hinterlegen und den Legschein zu den Acten einzureichen.

2) Unter Verweisung der unter 4 oben erwähnten Einrede in den Weg des ordentlichen Verfahrens hat Beklagter binnen 14 Tagen, vorbehaltlich des Gegenbeweises, rechtsbehörig zu erweisen:

„daß ihm der Kläger versprochen habe, die Einlösung des Wechsels niemals von ihm verlangen zu wollen,"

worauf in der Sache und der Kosten wegen weiter ergehen soll, was Rechtens.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 28. April 1858.

Auf Appellation des Beklagten.

Mit der ersten Beschwerde ficht Beklagter und Appellant die Legitimation des Klägers zur Anstellung vorliegender Wechselklage an. Er stützt sich dabei auf die Angabe in der Replikschrift, daß Kläger nur im Interesse eines Dritten, des J., gehandelt habe. Diese Einrede ist, abgesehen von der Frage, ob sie noch in dieser Instanz nachgebracht werden dürfte, wechselrechtlich unzulässig.

Nach § 36 der deutschen Wechsel-Ordnung erscheint Kläger als Inhaber des auf ihn gehörig indossirten Wechsels zur Zahlungserhebung vollkommen legitimirt. Die Richtigkeit des Indossaments einer Prüfung zu unterwerfen, ist Beklagter weder verpflichtet noch berechtigt.

1) Brauer, die deutsche Wechsel-Ordnung. 1. Auflage. S. 98,

2) Renaud, Wechselrecht. 2. Auflage. S. 162,

3) Verhandlungen der Nürnberger Conferenz, die deutsche Wechsel-Ordnung betr. XLIX.,

und daher auch das Rechtsverhältniß, in welchem Kläger zu einem Dritten steht, unerheblich. Uebrigens würde Kläger nach § 17 der deutschen Wechsel-Ordnung selbst alsdann zur Klagerhebung genügend legitimirt erachtet werden müssen, wenn man ihn nur als Bevollmächtigten des J. betrachten wollte.

Aus denselben Gründen und dies führt zur zweiten Beschwerde ist auch die Einrede, daß zwischen dem Indossanten Carl Preetorius und dem Kläger ein Wechselvertrag nicht abgeschlossen worden sei, zu verwerfen. Der weitere Einwand, daß Beklagter durch den Aussteller L. auf arglistige Weise zur Acceptation veranlaßt worden sei, kann nicht schon um deßwillen auch gegen den Kläger gerichtet werden, weil derselbe vor Erwerbung des Wechsels Kenntniß von dieser Arglist gehabt habe.

Archiv für Wechselrecht. B. 1, S. 492.
Kletke, Präjudiziensammlung, No. 564.

Beklagter gibt selbst an, daß dem Kläger die betreffende Mittheilung nicht durch L., sondern lediglich durch ihn, den Beklagten selbst gemacht worden sei.

Nun kann aber einem Wechselschuldner, wenn er sich unvorsichtig in die Wechselverbindlichkeit eingelassen hat, die Befugniß nicht eingeräumt werden, durch eine einseitige Erklärung von seiner Seite einen bereits in Umlauf befindlichen Wechsel außer Verkehr zu setzen oder sich auf diese Weise Einreden gegen dritte Wechselerwerber zu schaffen, welche ihm durch die Wechselgesetzgebung ausdrücklich versagt sind.

Dagegen ist als richtig anzuerkennen, daß eine Einrede dieser Art jeden Wechselinhaber, welcher an der betrügerischen Handlung selbst oder an den Vortheilen derselben Theil genommen hat, mit Erfolg entgegengesetzt werden kann. In dieser Richtung hat nun Beklagter in erster Instanz allerdings vorgebracht, daß Kläger nach der ihm gewordenen Mittheilung den Wechsel ohne Zahlung einer Valuta an sich gebracht und sich somit zu seinem, des Beklagten, Schaden zu bereichern, beabsichtigte.

In gegenwärtiger Instanz hat er jedoch zur Begründung seiner

ersten Beschwerde gerade umgekehrt anerkannt, daß Kläger nur im Interesse des J. handle, mithin gar keinen Vortheil für sich zu erstreben suche und der weiteren Angabe des Klägers, daß J. den vollen Betrag der eingehenden Wechselsumme zur Berichtigung einer ihm an den Aussteller zustehenden rechtmäßigen Forderung ausgeliefert erhalten solle, nicht widersprochen. Stellt sich hiernach wenigstens jetzt die vorgeschützte Einrede der Arglist als in jeder Beziehung unbegründet dar, so muß auch die zweite Beschwerde zurückgewiesen werden.

Die dritte Beschwerde bedarf einer näheren Erörterung nicht, da sie auf durchaus falschen, thatsächlichen Angaben beruht. In den Acten ist nirgends ein Zugeständniß des Klägers zu finden, dem Beklagten das Versprechen, den Wechselbetrag nicht einfordern zu wollen, bedingt oder unbedingt gegeben zu haben.

Was endlich die vierte Beschwerde betrifft, so ist der dem Beklagten nachgelassene Beweis so, wie es von dem Stadtgericht geschehen ist, der Sachlage nach ganz richtig normirt. Es versteht sich jedoch von selbst, daß es ihm bei der Beweisführung freisteht, auf die von ihm angegebenen Behauptungen, insoweit er damit durchzulangen glaubt, zurückzukommen.

Aus diesen Gründen wird die erhobene Appellation verworfen und Appellant verurtheilt, dem Appellaten die Kosten dieser Instanz zu ersetzen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 21. Mai 1859.

Auf Appellation des Beklagten.

Erkannt:

„daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 28. April v. J., wie hiemit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch dahin abzuändern:

daß Beklagter auch mit der unter 1) seiner Vernehmlassung erster Instanz vorgebrachten exceptio doli in

den Weg des ordentlichen Verfahrens zu verweisen und ihm in diesem eine schließliche Erklärung auf das betreffende replikarische Vorbringen des Klägers nachzulassen sei."

Die Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz werden verglichen und die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Die erste Beschwerde, daß Kläger nicht auf Grund seiner Erklärung, daß er den klagend geltend gemachten Anspruch im Interesse des J. verfolge, mit der Klage zurückgewiesen worden, kann zwar

A. nicht deßhalb unberücksichtigt bleiben, weil Beklagter in erster Instanz die Einrede fehlender Activlegitimation in der fraglichen Richtung nicht vorgeschützt hat. Es handelt sich hier um eine aus dem eigenen replikarischen Vorbringen des Klägers zu ziehende rechtliche Consequenz und hiezu ist der Richter selbst ohne besonderen Antrag des Beklagten und jedenfalls dann befugt, wenn der Letztere bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit — und diese war, da in erster Instanz eine Duplikhandlung nicht nachgelassen worden, die Appellationsschrift — sein desfallsiges Verlangen ausgesprochen hat. Dagegen ist die Beschwerde

B. materiell grundlos. Kläger ist durch die auf dem Wechsel befindlichen Indossamente Eigenthümer des Wechsels im Sinne der deutschen Wechsel-Ordnung geworden, und als solcher zur Einziehung der Wechselsumme befugt.

Deutsche Wechsel-Ordnung, Art. 36.

Vergl. Ober-Appellationsgerichts-Urtheil in Sachen Dalton und Comp. ca. Lehmann. Frankfurt. 1856.*)

Ob er das Erhaltene, vermöge eines zwischen ihm und einem Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses, an Diesen herauszugeben hat, ist für seine Legitimation zur Anstellung der Wechselklage gegen den Acceptanten ganz indifferent.

---

*) Siehe Band III. S. 39 dieser Sammlung.

arg. deutsche Wechsel-Ordnung, Art. 17.

Vergl. auch Ober-Appellationsgerichts-Erkenntniß in Sachen Wertheimber ca. Böhmer. Frankfurt. 1832.*)

II. Die zweite Beschwerde, daß die exceptio doli verworfen und ihr nicht der entsprechende Erfolg zugestanden worden, darf

A. nicht deßhalb verworfen werden, weil Beklagter nicht näher angegeben hat, in welcher Weise auf Grund dieser Beschwerde das angefochtene Erkenntniß abzuändern sei. Es ist, wenn die Einrede zur Berücksichtigung geeignet befunden wird, — je nach deren Liquidität oder Illiquidität — nur ein Doppeltes möglich: Klagabweisung oder Verweisung der Einrede in den Weg des ordentlichen Prozeßverfahrens; und kann kein Zweifel darüber obwalten, daß Beklagter wo möglich das erstere, eventuell das letztere Resultat bezweckt. Hiernach erscheint

B. eine materielle Beurtheilung der Beschwerde geboten.

1) Anlangend die rechtliche Zulässigkeit und factische Begründung der vorgeschützten exceptio doli, so kann sich, nach § 82 der deutschen Wechsel-Ordnung der Wechselschuldner nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen. Daß die vorliegende Einrede nicht unter die erste jener beiden Categorien fällt, ist klar. — Es handelt sich nur um die zweite:

„Einreden, welche dem Wechselschuldner unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen,"

womit, wie das Ober-Appellationsgericht anerkannt hat, nichts anderes hat ausgesprochen werden sollen, als was auch in dem beibehaltenen Art. 91 den Frankfurter provisorischen Prozeß-Ordnung bestimmt war: daß keine ex persona vel facto indossantis hergenommener Einreden gegen dessen Nachmänner zuzulassen seien.

Erlanger ca. Sugenheim. Frankfurt. 1852.**)

Die betrügerischen Vorstellungen, durch welche Beklagter zum Accepte verleitet worden sein will, sollen darin bestanden haben, daß ihm L., der Trassant, gesagt, Kläger wolle ihm, dem L., gegen Deponirung dreier mit dem Accepte des Beklagten und einem Indossamente seines

*) Siehe Seite 371 bis 373. — **) Siehe Seite 374.

Bruders, des Carl Preetorius, versehener Wechsel à 1000 fl., behufs Berichtigung der verfallenen Forderung einer beiderseitigen Verwandten, auf einige Tage 1500 fl. vorschießen und er, L., werde die drei Wechsel spätestens binnen 14 Tagen durch Rückzahlung der 1500 fl. an den Kläger auslösen.

Daß aus diesem Hergange dem L., wenn er — etwa nach Durchstreichung der Indossamente — aus dem Accepte hätte klagen wollen, eine Einrede entgegengestanden haben würde, unterliegt keinem Zweifel. Und zwar hätte diese Einrede nicht nur auf das implicite gegebene Versprechen, die Wechselsumme nicht vom Beklagten fordern zu wollen, sondern auch auf den betrügerischen Mißbrauch des von dem Letzteren, dem L., geschenkten Vertrauens gegründet werden können, der darin liegt, daß der Zweck, zu welchem allein das Accept dienen sollte, entweder von Anfang an ein bloß vorgespiegelter gewesen oder doch nicht verfolgt, vielmehr der Wechsel in ganz anderer Weise zum Nachtheile des Beklagten benutzt worden ist.

Dem Kläger, als Indossatar, gegenüber greift jedoch diese, zunächst in der Person des Ausstellers begründete, Einrede nur dann Platz, wenn er als Theilnehmer des gegen den Beklagten verübten Betruges angesehen werden kann.

Das Appellationsgericht ist nun der Ansicht, daß die Einrede in dieser Richtung in erster Instanz genügend begründet worden sei durch die Behauptung: Kläger habe nach der in Betreff des fraglichen Betrugs ihm gewordenen Mittheilung den Wechsel ohne Zahlung einer Valuta an sich gebracht und beabsichtige sich somit zu des Beklagten Schaden zu bereichern; daß Beklagter jedoch in zweiter Instanz gerade umgekehrt, theils ausdrücklich, theils stillschweigend anerkannt habe, Kläger handele nur im Interesse des J. und dem letzteren solle der volle Betrag der eingehenden Wechselsumme zur Berichtigung einer ihm an den Aussteller zustehenden rechtmäßigen Forderung ausgeliefert werden; und daß auch durch diese Thatsachen die Annahme eines dolus des Klägers ausgeschlossen werde, diese Conclusion darf vorläufig dahingestellt bleiben, da die Voraussetzung, an welche dieselbe sich knüpft, nicht getheilt werden kann. — Wenn Beklagter in voriger Instanz verlangt, daß Kläger auf Grund seiner eigenen Behauptung, er handle

bei der ganzen hier fraglichen Angelegenheit im Interesse des J., zurückgewiesen werde, so liegt darin in keiner Weise das Anerkenntniß der Wahrheit dieser Behauptung. Ebenso wenig kann ein fingirtes Zugeständniß unterstellt werden. Beklagter hat in erster Instanz gar keine Gelegenheit gehabt, sich auf die betreffenden Behauptungen des Klägers zu erklären. In zweiter Instanz durfte er dies allerdings thun, allein eine prozessualische Pflicht, sich auf die Replikhandlung, und zwar sub praejudicio confessi, einzulassen, bestand für ihn nicht, die Annahme eines stillschweigenden Zugeständnisses endlich findet in den concreten Verhältnissen überall keine Begründung. Beklagter hat sich vielmehr — was nicht einmal nöthig war — gegen eine solche dadurch verwahrt, daß er die Verbindlichkeit, welche Kläger gegen J. übernommen haben will, als eine „angebliche," das Geschäft zwischen Beiden als ein „nunmehr zum Vorwand genommenes" bezeichnet hat. — Es muß hiernach bei Prüfung der Einrede von der Replik des Klägers abstrahirt und lediglich die Darstellung des Beklagten zu Grunde gelegt werden. — Anlangend nun

a) die hier in Betracht kommenden Rechtsgrundsätze im Allgemeinen, so ist es klar, und Beklagter selbst geht davon aus, daß es dem Wechselinhaber nicht zum Nachtheile gereichen kann, wenn er nach dem Erwerbe des Wechsels von dem durch Einen seiner Vormänner verübten Betruge Kenntniß erhält. Auch darin muß dem Appellationsgerichte beigetreten werden, daß ein Indossatar nicht schon ohne Weiteres deshalb, weil er zur Zeit des Erwerbes des Wechsels von dem durch den Aussteller gegen den Acceptanten verübten Betruge Wissenschaft hatte, als Theilnehmer an diesem Betruge anzusehen ist. Wenn der Wechsel bereits in Umlauf gesetzt und so ein durch die exceptio doli aus der Person des Ausstellers nicht mehr zu beseitigendes Klagerecht entstanden ist, so braucht Niemand — auch wenn er von jenem Betruge Kenntniß erhält — Anstand beim Erwerbe zu nehmen. Für den Acceptanten ist es ganz einerlei, ob der gegenwärtige Inhaber, der den Wechsel bona fide erworben, ihn behält oder ob derselbe in andere Hände kommt. Es fehlt also der Handlung des neuen Erwerbers an der zum Thatbestande des Betruges erforderlichen Beschädigung des Wechselschuldners, resp. der

auf eine solche gerichteten Absicht. — Anders verhält sich aber die Sache, wenn der Wechsel nicht bereits in Umlauf gesetzt ist, sondern sich noch in den Händen des Ausstellers findet. — Hier ist gerade die Begebung von Seiten des Ausstellers, dessen Klage die exceptio doli entgegengestellt werden könnte, an einen dritten, dem diese Einrede an und für sich nicht entgegensteht, das factum, durch welches der Acceptant in die nachtheilige Lage versetzt wird, den Wechsel bezahlen zu müssen, und wer den Erwerb mit Kenntniß dieser Sachlage vornimmt, dem kann, wenn er hiernächst die Wechselsumme einziehen und solchergestalt dem verübten Betruge erst seinen reellen Effect verschaffen will, die exceptio doli opponirt werden.

b) Prüft man, nach diesen Grundsätzen, das Exceptional-Vorbringen, so enthält dasselbe

α. die Behauptung: Kläger habe den Wechsel erst mehrere Tage vor der Verfallzeit (medio December 1857) und nachdem er die unter γ näher in Betracht zu ziehende Unterredung mit dem Beklagten gehabt, erworben. — Diese Behauptung ist dadurch nicht widerlegt, daß das auf den Namen des Klägers lautende Indossament ein viel früheres Datum (vom 15. October) trägt. Die Ausstellung des Indossaments wird zwar der Regel nach mit dem Erwerbe des Wechsels von Seiten des Indossatars zusammenfallen. — Aber nothwendig ist dies nicht und vorliegend geht auch die Darstellung des Klägers dahin, daß er den Wechsel erst einige Zeit nach der Indossirung desselben auf ihn (wenngleich vor der fraglichen Unterredung mit dem Beklagten) erworben haben will.

β. der Auffassung des Appellationsgerichts, daß der Wechsel zur Zeit, als ihn Kläger erworben, ein bereits in Umlauf gesetzter gewesen sei, kann nicht beigetreten werden. Nach der Darstellung des Beklagten, mit welcher auch der Kläger übereinstimmt, war das Giro des Carl Preetorius nur zu mehrerer Sicherheit und behufs leichterer Discontirung des Wechsels vollzogen worden. Disponent war L. geblieben, der den mit diesem Giro versehenen Wechsel in Händen behielt und dem Kläger, auf dessen Namen dasselbe lautete, anbot; und erst durch Annahme des Wechsels von Seiten des Klägers wurde derselbe, wenn man nicht zur Durchstreichung des Indossaments des Carl Preetorius schreiten und dadurch dem

Wechsel einen Theil seines Credits entziehen wollte, ein brauchbares Papier. — Daß der Wechsel nicht dadurch in Umlauf gekommen war, daß ihn dritte Personen im Besitze gehabt, bedarf keiner Ausführung.

γ. die Behauptung, daß Kläger durch eine dem Erwerbe des Wechsels vorausgegangene Unterredung mit dem Beklagten von dem gegen den Letzteren verübten Betruge Kenntniß erhalten habe, läßt sich — wenigstens nothdürftig — in dem Exceptional-Vorbringen finden. Bleibt man bei dem Wortlaute dieses Vorbringens stehen, so hätte allerdings Beklagter dem Kläger nur im Allgemeinen mitgetheilt, „das fragliche Wechselversprechen sei ein durch L. auf betrügerische Weise erschwindeltes, und es ist mehr als zweifelhaft, ob eine solche Mittheilung ausreichte, um dem Kläger die Ueberzeugung zu verschaffen, daß er sich durch Erwerb und Verfolgung des Wechsels an einem Betruge betheiligen würde; indem Niemandem zugemuthet werden kann, einer derartigen Eröffnung, durch welche der Mittheilende von einer übernommenen Verbindlichkeit loszukommen bezweckt — zumalen dann, wenn dieselbe gar keine speziellen Thatsachen, sondern nur die Conclusion, daß ein Betrug verübt sei, enthält — ohne Weiteres Glauben zu schenken. Allein wenn man die Erzählung des Beklagten in ihrem Zusammenhange betrachtet, so kann man kaum zweifeln, daß derselbe hat behaupten wollen, seine Mittheilung habe sich auch auf die Spezialitäten des verübten Betrugs erstreckt und der Kläger habe dieselbe als wahr entgegengenommen und anerkannt.

δ. Nach der Darstellung des Beklagten hat Kläger den Wechsel, für den er Nichts bezahlt, nicht von L., sondern von M. erhalten. Wie dieser in den Besitz gekommen, ist nicht näher angegeben. Ebenso wenig unter welchem Titel, resp. mit welcher Zweckbestimmung, der Wechsel dem Kläger überlassen worden. Indessen kann hierin kein wesentlicher Mangel der Darstellung gefunden werden. Es genügt nach dem, was oben unter a und b. β. bemerkt worden — an sich zur Begründung der exceptio doli gegen der Kläger, wenn derselbe den Wechsel mit dem Bewußtsein des verübten Betruges und in der Absicht, ihn gegen den Beklagten zu realisiren, an sich gebracht hat, ohne daß es darauf ankömmt, ob er die eingegangene Wechselsumme

für sich zu behalten oder dem L. oder einer der beiden weiter namhaft gemachten Personen — zukommen zu lassen gedachte.

2) Von Liquidität der Einrede kann nicht die Rede sein. Beklagter hat keinerlei Beweismittel für dieselbe beigebracht und Kläger hat in seiner Replik die wesentlichsten Punkte: daß L. den Beklagten durch die von diesem erzählten Vorspiegelungen zum Accepte veranlaßt und daß er (Kläger) den Wechsel erst nach der fraglichen Unterredung mit Beklagtem erworben, in Abrede gestellt. Es muß also eine Verweisung in den Weg des ordentlichen Verfahrens eintreten, und in diesem, da Kläger eine von der beklagtischen wesentlich verschiedene Sachdarstellung geliefert hat, dem Beklagten zunächst noch eine Erklärung hierüber nachgelassen werden.

III. Die dritte, die Beweislast in Betreff der exceptio pacti betreffende Beschwerde findet ihre Widerlegung in den appellationsgerichtlichen Entscheidungsgründen zu Grav. III. voriger Instanz und würde, nach richtiger Theorie selbst in einem Falle, wie ihn der Appellant hier supponirt, derjenige, der den unbedingten Abschluß des Geschäftes behauptet, den Beweis des von ihm angegebenen Sachverhaltes zu führen haben.

Ober-Appellations-Gerichts-Erkenntniß in Sachen Friedenberg ca. Lichtenstein. Frankfurt 1858.*)

Auszüge aus den Seite 366 angeführten Entscheidungsgründen in Sachen:

1. Wertheimber ca. Böhmer, 1832.

Der Umstand allein, daß der Beklagte den Indossanten des Klägers, Kulp, bereits anderweitig auf Rückgabe des eingeklagten Wechsels belangt hat, daß mithin über denselben schon lis pendens ist, hätte Kulp selbst nicht verhindern können, seine Rechte aus dem Wechsel gegen den Beklagten im Wechselprozesse klagend zu verfolgen. Es ist nämlich ein anerkannter Grundsatz, daß der Aussteller eines Wechsels oder eines instrumentum quarentigiatum dem Inhaber desselben die Vortheile des Wechsels oder Executiv-Prozesses nicht

*) Siehe Band IV. Seite 206 und 207.

dadurch entziehen kann, daß er vor dem Verfalle der Schuldverschreibung dieselbe als ungültig condicirt, sondern daß der Inhaber, obwohl er die Einlassung auf eine solche Condiction nicht ablehnen kann, dadurch nicht verhindert wird, nach eingetretenem Verfalltage der Schuld dieselbe im Wege des Wechsel- oder des Executiv-Prozesses einzuklagen und den Gegner zur einstweiligen Zahlung zu nöthigen, ohne daß dieser sich mit der exceptio litis pendentis zu schützen vermag.

Wernher, obs. for. P. 4. obs. 1. Nr. 105—115.
Berger, electa. proc. execut. th. 36.
Leyser, med. ad. Pand. Sp. 123. med. 6.
Beemannorum, Consilia Tom 2. cons. 57. Nr. 22.
Danz, summar. Proz. § 76.
Werber, Beiträge zur Lehre von Klagen und Einreden. St. 1. Nr. 2.
Süptitz, summar. Proz. § 39 a. E.
Bender, Wechselrecht, Abthl. 2. § 456 a. E.

Auch würde es Kulp hierbei nicht entgegen gestanden haben, daß er — wie das freilich aus den in voriger Instanz beigebrachten Actenstücken des anderen Prozesses hervorzugehen scheint — sich auf die Condiction des Beklagten ohne Vorbehalt seines Wechselrechtes eingelassen hat; denn da ihm dieses ipso jure zustand und verblieb, so brauchte er sich dasselbe nicht erst durch einen Vorbehalt zu sichern. War aber Kulp durch die Litispendenz nicht an der Einklage des Wechsels verhindert, so kann dieselbe auch an und für sich dem Kläger, welcher seine Rechte von Kulp ableitet, nicht im Wege stehen. Freilich beruft der Beklagte sich gegen den Kläger nun noch

2) auf das Verbot der Veräußerung und Erwerbung litigiöser Forderungen, und allen vorkommenden Umständen nach muß es in facto als richtig angenommen werden, daß der Wechsel auf den Kläger erst zu einer Zeit indossirt worden ist, wo der jetzige Beklagte bereits gegen Kulp auf Rückgabe des Wechsels klagbar geworden war und dieser sich auf solche Klage eingelassen hatte; so wie in jure der Einwand sich nicht schon durch ein Berufen auf die Frankfurter Gerichts-Ordnung. Art. 91, wonach Einreden aus dem Rechte oder der Verbindlichkeit eines

dritten dem Wechselkläger überall nicht opponirt werden dürfen, beseitigen läßt, indem der Beklagte bestimmt behauptet, daß der Kläger bei der Annahme des Indossaments den über den Wechsel zwischen Kulp und ihm, dem Beklagten, obschwebenden Rechtsstreit gekannt habe, das Gesetz aber auch den wissentlichen Ankauf litigioser Forderungen untersagt,

l. 4. pr. C. de litigiosis.

mithin der Einwand gegen den Kläger selbst gerichtet erscheint. Allein auch abgesehen davon, daß es schon im Allgemeinen höchst bedenklich ist, ob die Uebertragung einer Forderung durch eine von dem Schuldner angestellte condictio liberationis verhindert werden kann, so muß dieses wenigstens bei Wechseln oder Anweisungen, welche an Ordre gestellt sind, mithin auch bei dem eingeklagten Wechsel, unbedingt verneint werden, denn durch eine solche Schuldverschreibung gestattet der Aussteller dem Gläubiger die freie Uebertragung seiner Rechte auf einen beliebigen dritten, und zwar in dem Maaße, daß Letzterer sodann als der ursprüngliche Gläubiger erscheint und sich um das außerdem in der Schuldverschreibung ausgedrückte, zwischen seinem Auctor und dem Aussteller sonst bestehende Rechtsverhältniß gar nicht zu bekümmern braucht. Mithin ist es als die Meinung zwischen den Letzteren anzusehen, daß die Verbindlichkeit, welche der Aussteller des Wechsels gegen den Abnehmer desselben contrahirt, unabhängig von den Rechten, welche ihm etwa gegen diesen aus dem Geschäfte zuständig sein und bleiben möchten, erfüllt werden soll; und es verstößt demnach gegen das von dem Aussteller geleistete Versprechen, wenn er durch eine Condiction des Wechsels dessen Realisirung und dessen weitere Uebertragung auf einen dritten zu verhindern sucht, und würde es dem Wechselverkehr im höchsten Grade nachtheilig sein und zu den bedenklichsten Chikanen gemißbraucht werden können, wenn eine solche Procedur mit der rechtlichen Wirkung vorgenommen werden könnte, dadurch das weitere Indossiren des condicirten Wechsels zu verhindern. Das Verbot der Veräußerung litigiöser Forderungen kann demnach, wenn es da, wo bloß der Schuldner condicirt, der Gläubiger aber noch gar nicht auf die Schuld geklagt, überall eintritt, auf einen solchen Fall durchaus nicht angewandt werden. ꝛc. ꝛc.

Erlanger ca. Sugenheim curatores 1852.

Wenn auch die Worte „Einreden, welche ihm (dem Wechselschuldner) unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen," an sich einer abweichenden Auffassung nicht entgegenstünden, so ergibt doch die Vergleichung der Quellen der allgemeinen deutschen Wechsel-Ordnung und der Conferenzen, daß damit nichts anderes habe ausgesprochen werden sollen, als was auch in dem beibehaltenen Art. 91 der provisorischen Prozeß-Ordnung bereits bestimmt war, daß keine ex persona vel facto indossantis hergenommene Einreden gegen dessen Nachmänner im Wechselprozesse zuzulassen seien. Einreden, welche das Valuten- oder überhaupt das dem Wechsel zu Grunde liegende Rechtsverhältniß betreffen, sollen hiernach zwar, ihre Liquidität vorausgesetzt, an und für sich auch einer Wechselklage entgegengestellt werden dürfen, immer aber doch nur wider denjenigen begründet sein, in und mit welchem jenes Rechtsverhältniß zunächst entstanden ist: es soll zwar im Uebrigen auf Natur und Zweck der Einrede nicht gesehen werden, wohl aber dies als entscheidender Moment und unerläßliches Requisit gelten, daß Ursprung und Fundament der Einrede in der Person des jedesmaligen Klägers nicht eines früheren Wechselinhabers liegen.

193.

Margaretha Berlt, geb. Müller, früher verehelichte Pfeffer, Klägerin gegen **Johann Conrad Kühn** und Ehefrau **Dorothea**, geb. Pfeffer, Beklagte, Forderung, jetzt geführten Beweis betreffend.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 30. Mai 1859.

I. Die Hauptbeschwerde der Appellanten, daß die Klägerin durch das angefochtene Erkenntniß zum Erfüllungseide*) zugelassen und nicht vielmehr das Stadtgerichts-Erkenntniß, welches die Entscheidung der Hauptsache von der Leistung oder der Nichtleistung des den Beklagten zugeschobenen Eides abhängig gemacht hatte, bestätigt worden sei, mußte für begründet geachtet werden.

Directe Beweise für den Umstand, daß die den Beklagten von der Klägerin im März 1855 gemachte Zahlung von 400 fl. Darlehensweise geschehen sei, liegen nicht vor. Denn weder die Aussagen der beiden vernommenen Schwiegersöhne der Klägerin R. und H. noch auch diejenigen der Zeugin M. enthalten solche Angaben, welche als ein Zeugniß über die Natur des zu der angegebenen Zeit zwischen den Parteien vorgekommenen Rechtsgeschäftes anzusehen wären. Und eben so wenig beziehen sich die von der Klägerin für sich geltend gemachten Akten des Landjustizamtes speciell auf jenen Hergang.

Die Klägerin hat denn auch den ihr obliegenden Beweis im Wesentlichen auf indirectem Wege zu führen gesucht, insofern unter den vorliegenden Umständen und nach dem Inhalte auch der von den

---

*) Die Klägerin hatte zu beweisen: daß sie den Beklagten im März 1855 mehr als fl. 140 und wie viel mehr bis zum Belaufe von fl. 400 im Ganzen dargeliehen habe.

Beklagten in den vorliegenden Akten gemachten Angaben nur die Alternative anzunehmen sei, daß die Hingabe der 400 fl. entweder auf einem Darlehen, oder auf einer Mitgiftshingabe beruhe, so daß der Nachweis, die 400 fl. seien den Beklagten nicht als Mitgift gezahlt, zum Zwecke der Führung des in Rede stehenden Beweises ausreichend sei.

Konnte nun freilich der Klägerin bei der Aufstellung der vorstehenden Alternative ohne Bedenken beigetreten werden, so war doch der Beweis, daß die 400 fl. keine Mitgift gebildet hätten, nicht als genügend geliefert anzusehen, um auf einen Erfüllungseid sprechen zu können.

Denn was erstens die Zeugenaussagen anlangt, so ist in Betreff des fraglichen Punktes zuvörderst die Deposition der Zeugin M. ohne alle Bedeutung. Wenn dieselbe erklärt, die Klägerin habe ihr gesagt „sie wolle dem Kühn 400 fl. geben," ohne jedoch hinzugefügt zu haben, ob als Darlehn oder unter welchen anderen Bedingungen, und die Frau Kühn habe gegen sie geäußert „sie habe von ihrer Mutter 400 fl.," so leuchtet es ein, daß hier eine Mitgift nicht minder, als irgend eine auf einem anderen Rechtsgrunde beruhende Geldaushülfe gemeint gewesen sein kann. Ferner sind die Depositionen der Zeugen R. und H. von keiner größeren Bedeutung. Was sie über das in Frage stehende Verhältniß positiv wissen, ist ihnen nur aus Mittheilungen der Klägerin, ihrer Schwiegermutter bekannt geworden und zwar aus Mittheilungen, welche zu einer Zeit nach dem Beginn des Prozesses stattgefunden haben, so daß das hierüber Ausgesagte ein noch geringeres Gewicht hat, als ihm unter anderen Umständen etwa beigemessen werden dürfte.

Nur, wenn man mit Sicherheit annehmen könnte, daß eine Mitgiftshingabe, wie solche hier in Rede steht, den beiden Zeugen, falls sie stattgefunden haben sollte, hätte bekannt werden müssen, würde die Deposition derselben von Erheblichkeit sein, allein dies ist nicht der Fall. Ueber die Art der zwischen den beiden Zeugen und der Klägerin stattfindenden Verbindung erhellt nichts aus den Akten. Es kann mithin überhaupt nur auf denjenigen Theil der hier in Betracht gezogenen Zeugenaussagen ankommen, welcher sich auf die Klägerin bezieht. Allein wenn gleich die über diesen Punkt von den Zeugen gemachten Angaben nicht ganz unerheblich zu Gunsten der

klägerischen Aufstellung sind, so betreffen sie doch den zu beweisenden Umstand zu indirect, um bedeutenden Einfluß ausüben zu können. Es kommt hinzu, daß den beiden Schwiegersöhnen der Klägerin, wenngleich sie, zumal in der vorliegenden Familiensache, keine unzulässigen Zeugen sind.

Reformat. I. 33 art. 4—7 und 14.

Bender, Prozeß § 58 not. 4, Seite 127.

Erkenntniß in Sachen: Gossi ca. Mettenheimer und Simon. 1851.*)

Erkenntniß in Sachen: Strauß ca. Hildebrandt. 1855,**) wegen der eventuellen Erbtheile ihrer Ehefrauen ein, wenn gleich nur entferntes Interesse an der vorliegenden Sache beigemessen werden muß.

Anlangend zweitens die Akten des Landjustizamts, so ergibt sich aus denselben allerdings soviel, daß die Vermögensverhältnisse der Klägerin schwerlich von der Art gewesen sind, um eine Mitgiftshingabe von 400 fl. an ein einzelnes ihrer 7 Kinder, wenn auch als möglich doch in Betracht der Interessen der übrigen Kinder als gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Denn die Klägerin ist noch nicht einmal im Stande gewesen, ihren Kindern die in Folge der Uebernahme des väterlichen Vermögens denselben zukommenden 448 fl. 5 kr. völlig abzutragen und schuldete auf diese Summe noch während der Dauer des gegenwärtigen Prozesses laut Protokoll vom 28. April 1855 284 fl., darunter an zwei noch minderjährige Kinder 128 fl., ohne daß die obervormundschaftliche Behörde die Vermögenslage der Klägerin für geeignet angesehen hätte, gegen dieselbe zur Sicherstellung jener Ansprüche der Minorennen einzuschreiten. Und die beklagtische Ehefrau selbst hat auf die ihr aus dem väterlichen Nachlaß gebührenden 64 fl. erst 35 fl. erhalten, wie sie vor dem Landjustizamt als wahr selbst erklärt hat. Ferner ist die Hofraithe der Klägerin nach den in Bezug genommenen Akten mit 1000 fl. hypothekarisch belastet, so daß darin, wenn man den Anschaffungspreis von 1240 fl. veranschlagt, nur 240 fl., und wenn man die beklagtische von der Klägerin übrigen als zu hoch bezeichnete Schätzung zu Grunde legt,

*) Siehe Band II. Seite 210. — **) Siehe Band II. S. 209.

doch nur 650 fl. als freier Werth vorhanden sind. Dies in Verbindung mit dem Umstande, daß, wenn die Klägerin ihrer Tochter Kühn eine Mitgift von mehreren 100 fl. hätte geben wollen, nach Wahrscheinlichkeit bei dieser Gelegenheit die der Letzteren aus den paternis noch zukommenden 29 fl. ausgeglichen sein würden, verleiht den Angaben der Klägerin, daß keine Mitgiftshingabe stattgefunden habe, einen nicht geringen Grad von Wahrscheinlichkeit.

Allein es bedurfte hier, wo, wie oben bemerkt worden, nur eine indirecte Beweisführung von Seiten der Klägerin vorliegt, für diese Letztere einen um vieles höheren Grad der Bewahrheitung um die Klägerin zum Erfüllungseide zuzulassen. — —

Mußte somit in dem Hauptpunkte die vorliegende Sache zu Gunsten der Beklagten behandelt werden, so kam es

II. auf die reviviscirenden eventuellen klägerischen Beschwerden voriger Instanz an. Dort hat die Klägerin

1) verlangt, daß (eventuell) der Eid nicht auf den Inhalt des Beweisthema selbst, sondern auf die replicando angegebenen speciellen Umstände gerichtet werde. Hierbei stand indessen der Klägerin zunächst schon die formelle Sachlage entgegen. Denn, wenngleich einer beweispflichtigen Partei unter Umständen das Recht zusteht, künstlichen Beweis auch durch Eideszuschiebung zu führen, so müssen doch diejenigen Beweisindicien, in Betreff. deren der Eid zugeschoben werden soll, sogleich bei der Beweisantretung speciell angegeben werden. Dies ist hier nicht geschehen. Erst bei der Submission auf die beklagtische Antretung des Einredebeweises hat die Klägerin erklärt, zur Verstärkung des Hauptbeweises den Eid über die in Rede stehenden Umständen zuschieben zu wollen. Dies war, wie klar vorliegt, verspätet, auch kann der bei der ursprünglichen Eideszuschiebung von der Klägerin gemachte Vorbehalt „sachgemäßer Formirung des Eides" nur auf eine lediglich dem Beweisthema entsprechende Normirung bezogen werden. Abgesehen aber von dem formellen Gesichtspunkte, steht der Klägerin hier entgegen, daß es nicht gerechtfertigt erscheinen würde, die von der Klägerin beantragte Mehrheit von Eiden den Beklagten zur Abschwörung hier aufzulegen, wo durch einen einfachen Eid über die Negative des Beweisthemas die Sache ihre volle Erledigung finden würde.

2) Die zweite Beschwerde betrifft materiell nur die Kosten erster Instanz und selbst in Beziehung auf diese nur eine in den Entscheidungsgründen des Stadtgerichts-Erkenntnisses vorkommende Aeußerung, nicht aber einen Theil des eigentlichen Decisum selbst. Es hat hier seine Richtigkeit, daß es schwerlich gerechtfertigt erscheinen würde, die Klägerin, wenn die Beklagten den ihnen zugeschobenen Eid leisteten, jedenfalls in alle Kosten erster Instanz zu verurtheilen. Denn von den ursprünglich eingeklagten 400 fl. sind 140 fl. selbst nach der Beklagten Angabe als Darlehn geschuldet worden und diese sind erst pendente lite und eventuell gegenwärtig nicht völlig abgetragen, denn wenn die Klägerin den über die Richtberichtigung der 29 fl. 26 kr. ihr zugeschobenen Eid ableisten sollte, so würde ihr der letztgedachte Betrag noch jetzt zuzusprechen sein. In Veranlassung dieser Beschwerde, war für den Fall, daß in dem angezogenen Theil der Entscheidungsgründe wirklich ein Ausspruch über die Kosten erster Instanz liegen sollte, derselbe außer Kraft zu setzen und die Entscheidung über diesen Punkt bis zum definitiven Erkenntnisse vorzubehalten. Sollte übrigens die Beschwerde auch so zu verstehen sein, daß es die Meinung der Klägerin gewesen sei, das Stadtgericht habe erklärt, die Beklagten würden auch nach Abschwörung des Eides über die 29 fl. 26 kr. von der Pflicht, diesen Betrag zu zahlen, absolvirt werden, so würde ein Mißverständniß des betreffenden Theils des Stadtgerichts-Erkenntnisses auf Seiten der Klägerin angenommen werden müssen. Das Stadtgericht, indem es der Klägerin jenen Eid auflegte, sprach implicite die Zahlungspflicht der Beklagten für den Fall aus, daß der Eid geleistet werden würde.

3) Die dritte klägerische Eventualbeschwerde beruhet auf einem Verkennen der Sachlage Seitens der Klägerin. Von der Ableistung des der Klägerin von den Beklagten zugeschobenen Eides über die von diesen eventualiter behauptete Umwandlung eines Theils der, falls die Klägerin den Hauptbeweis geführt hätte, als Darlehn anzusehenden 400 fl. in Mitgift kann selbstverständlich nicht die Rede sein, wenn die Voraussetzung, auf welcher diese Behauptung beruhet, durch die beklagtische Abstattung des Haupteides beseitigt werden sollte.

III. Die Kosten der vorigen und der gegenwärtigen Instanz mußten bei dem Wechsel der Erkenntnisse compensirt werden.

194.

K., geb. **E.**, Klägerin gegen ihren Ehemann **K.**, Beklagten, jetzt beiderseits Appellanten, Ehescheidung, jetzt Restitution betreffend.

In Erwägung, daß

1) nach § 160 der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung die Versäumung einer Appellations-Nothfrist durch die Schuld des Advocaten ein Restitutionsgrund ist; auch

2) die demselben obliegende Bescheinigung des angeführten Restitutionsgrundes, eines Versehens bei Notirung der Nothfrist in dem Terminkalender, durch dessen Versicherung auf den Amtseid erbracht werden kann; sodann

3) die Abwesenheit eines Verschuldens von Seiten des Beklagten schon dann in ausreichender Weise dargethan ist, wenn sein zeitiger Auftrag zur Einlegung des Rechtsmittels von dem Sachführer in gleicher Weise, wie unter Nr. 2 bemerkt, erhärtet wird;

4) die gedachte Versicherung des Sachführers aber nicht entbehrt werden kann, zumal die Klägerin den betreffenden Thatsachen einen Widerspruch entgegengesetzt hat;

5) wider den Sachführer nach Ober-Appellationsgericht-Ordnung a. a. O. im Fall einer Ertheilung der Restitution eine Strafe verhängt werden muß;

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht: daß, insofern der Sachführer des Beklagten Dr. M., in einem dazu anzusetzenden Termine, zu welchem auch die Gegenpartei vorzuladen ist, auf seinen Amtseid handtreulich versichern wird:

daß die Einlegungsnothschrift der gegen das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 4. Februar d. J. eingewandten Appellation allein durch seine Schuld versäumt sei, und der Beklagte zu gedachter Einlegung ihm zeitig Auftrag ertheilt habe;

auf solchen Fall, wie hiemit geschieht, der Beklagte gegen die Versäumung der gedachten Einlegungsfrist wieder in den vorigen Stand zu setzen sei, demzufolge die Klägerin ihre Vernehmlassung auf den ihr bereits mitgetheilten Appellationslibell und zwar vorkommenden Umständen nach binnen Frist von vier Wochen, vom Tage des abgehaltenen Termins an, bei Vermeidung des Ausschlusses hieselbst einzureichen habe, der genannte Sachführer des Apellanten aber schuldig sei, nicht nur beiden Theilen die Kosten des Restitutionsverfahrens aus eignen Mitteln zu erstatten, sondern auch eine Strafe von dreißig Mark Courant an die Kanzlei des Ober-Appellationsgerichts binnen vier Wochen, bei Vermeidung executivischer Maaßregeln, zu erlegen.

Uebrigens soll das Appellationsgericht der freien Stadt Frankfurt um Veranstaltung der Abnahme der obgedachten Versicherung ersucht werden.

195.

Heymann May, Kläger gegen **Louis Maas,** Beklagten, ein Prolongationsgeschäft betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts II.

vom 2. September 1857.

In Erwägung daß

I. — — — — — — — — — — — — — — — — — —

II. Die Sache selbst anlangend

1) der Grund der Klage nach deren eigenen Worten, in Verbindung mit der weiteren thatsächlichen Erläuterung darin besteht, daß Kläger am 29. September 1854 dem Beklagten eine spanische $1\frac{1}{4}$ pCt. Obligation von 2400 Piastern à $18\frac{1}{2}$ pCt. per ult. Oktober 1854 mit der Bedingung verkauft habe, daß er Kläger die fragliche Obligation zu demselben Course und gegen Vergütung der darauf haftenden Zinsen ult. Oktober zurückzukaufen berechtigt, wie verpflichtet sei, und dieser Vertrag nach Oktober 1854 zwischen beiden Theilen unter gleichen Bedingungen weiter von Monat zu Monat und zuletzt per ult. März 1857 verlängert auch Beklagter am 25. März und zuletzt am 31. März 1857 klägerischer Seits zur Erfüllung der Rückkaufsbedingung aufgefordert worden sei.

Dieses Vertragsverhältniß als ein Verkauf mit angehängten pactum de retrovendendo zu betrachten ist, und es daher Sache des Klägers war, sich wegen Ausübung seiner Rückkaufsbefugniß rechtzeitig bei dem Beklagten zu melden, widrigenfalls der bedingt abgeschlossene Verkauf, in Ermangelung weiterer Verlängerung der

Resolutivbedingung, nach Ablauf deren Zeitdauer als unbedingt zu erachten und die daraus entsprungene Befugniß für den Kläger wie die derselben entsprechende Verpflichtung des Beklagten erloschen war;

3) Beklagter zwar den Vertrag per ult. Oktober 1854 als abgeschlossen einräumt, dagegen dessen Verlängerung und die klägerischen Interpellationen zu dessen Erfüllung läugnet, sonach Kläger, da er nicht behaupten konnte, den Beklagten durch geeignete Aufforderung schon per ult. Oktober 1854 in Verzug gesetzt, und sich sein Rückkaufsrecht in dieser Weise gewahrt zu haben, die behauptete Vertragsverlängerung und rechtzeitige Aufforderung an den Beklagten vor Ablauf des verlängerten Termins zur Erfüllung zu erweisen hat, inzwischen

4) Kläger zur Beseitigung derartiger Nachweise zur Aufrechthaltung seines Anspruchs auf einen Handelsbrauch als Rechtsnorm sich berufen hat, nach welchem es von seiner Seite, um sich das Rückkaufsrecht zu wahren, eines Anrufens auf Erfüllung gar nicht bedurft hätte, vielmehr Beklagter den Kläger zum Bezug hätte auffordern müssen, um seiner Verpflichtung gegen diesen entledigt zu werden,

5) für den Fall, daß dieser Handelsbrauch bestehen sollte, und der Beklagte eine seiner Seits an den Kläger rechtzeitig erlass ne Aufforderung zur käuflichen Rücknahme der Obligation nicht behaupten konnte, das Recht des Klägers sogar noch aus dem ursprünglichen Vertrage per ult. Oktober 1854 begründet, und es in diesem Falle nicht einmal des Nachweises der Vertragsverlängerung und der klägerischen Aufforderung zur Erfüllung bedürfen würde, somit dem Kläger bei Verabredung dieses Handelsbrauches dessen Nachweis alternativ mit den ihm nach II. 3. aufzuerlegenden Beweisen nachzulassen ist; wird zu Recht erkannt: — —

B. Kläger hat binnen vorzuberaumenden Termine, vorbehältlich der Mitbenutzung der in den Acten etwa vorkommenden erheblichen thatsächlichen Momente und vorbehältlich des Gegenbeweises, rechtsbehörig zu erweisen

entweder a)

„daß das in der Klage gedachte, zwischen beiden Theilen per ult. Oktober 1854 abgeschlossene Geschäft seinem ganzen Um-

fange nach unter ihnen von Monat zu Monat weiter und zuletzt per 31. März 1857 verlängert worden sei —"

und

„daß er, Kläger, den Beklagten zur Erfüllung des Rückkaufs der fraglichen Obligation am 25. März 1857 habe auffordern lassen, oder am 31. März 1857 persönlich an der Börse aufgefordert habe,"

oder b)

„daß ein Handelsbrauch oder Börsenusance bestehe, daß Beklagter nur dann von der Verpflichtung, die fragliche Obligation auf den Grund des in der Klage erwähnten Rückkaufvertrages zu liefern, entbunden wäre, wenn Beklagter rechtzeitig vor dem anfänglichen Lieferungstermine oder vor dem erstreckten Termine den Kläger zum Bezuge aufgefordert hätte,

worauf in der Sache und der Kosten wegen weiter ergehen soll, was Rechtens."

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 23. November 1857.

Auf beiderseitige Appellation.

Nach unbestrittener Angabe der Klage hat Kläger am 29. September 1854 dem Beklagten eine spanische 1¼ pCt. Obligation von 2400 Piaster zu 18½ pCt. mit der Bedingung verkauft, daß er, Kläger, diese Obligation zu demselben Course und gegen Vergütung der darauf haftenden Zinsen ultimo Oktober zurückzukaufen berechtigt wie verpflichtet sei.

Aus diesem, als pactum de retrovendendo et retroemendo zu betrachtenden Nebenvertrag

Bender, Verkehr mit Staatspapieren S. 450,

war für den Beklagten die Verpflichtung begründet, ultimo October 1854 die Obligation dem Kläger zurückzuliefern, und für den Kläger, ult. October 1854 die Obligation gegen die vereinbarte Zahlung zu beziehen.

Auch wenn dieser Lieferungs- und Bezugstermin nicht von

Monat zu Monat und zuletzt bis zum 31. März 1857 verlängert worden sein sollte, oder wenn im Falle solcher Verlängerung der Kläger nicht auf den 31. März 1857 Vertragserfüllung begehrt und anerboten hätte, war derselbe gleichwohl befugt, am 2 April 1857 auf Lieferung der Obligation gegen anerbotene Erfüllung der bedungenen Gegenleistung, wie geschehen, Klage zu erheben.

Der Einwand, daß des Klägers Berechtigung durch die unterbliebene Geltendmachung derselben im Lieferungstermine verwirkt sei, entbehrt der Begründung.

Bender, Verkehr mit Staatspapieren S. 395, 399, 403—406.

Der Kläger hat aber nicht nur mit seiner Klage Vertragserfüllung seinerseits angeboten und von dem Beklagten verlangt, sondern er hatte beides auch schon am 25. und 31. März 1857 gethan, wie in der Klage mit Bestimmtheit behauptet und von dem Beklagten in der Vernehmlassung nicht widersprochen, vielmehr durch die hierauf bezügliche Bemerkung, daß Kläger ganz spät erst auf diese Sache zurückgekommen sei, ausdrücklich eingeräumt ist.

Dagegen hat der Beklagte überall nicht behauptet, daß, wann und wie er den Kläger durch Interpellation wegen Erfüllung des Vertrags vorher in moram versetzt hätte. Sein vages Vorbringen in der Vernehmlassung, daß er dem Kläger den Rückkauf der Obligation mehrmals angeboten habe und zwar aus Liberalität, läßt — abgesehen von dem Mangel jeder Zeitangabe — die Vornahme von Handlungen, welche geeignet gewesen wären, den Kläger rücksichtlich seiner Vertragspflicht in moram zu versetzen, keineswegs erkennen. Demnach kann unerörtert bleiben, ob nicht dem Kläger jedenfalls purgatio morae gestattet wäre, insofern von dem Beklagten nicht geltend gemacht ist, daß durch zulässiger Weise bewirkte anderweite Verfügung über den Vertragsgegenstand res integra nicht mehr vorhanden sei, auch die cassatorische Clausel dem Geschäft nicht beigefügt war.

Thöl, Auserwählte Entscheidungsgründe ꝛc. Nr. 71 und 80 S. 89 und 95.

Da hiernach Kläger mit den auferlegten Beweisen zu verschonen

ist und die Beschwerdeführung des Beklagten sich als unbegründet darstellt, so wird unter Abänderung des Abschnittes B. im Erkenntniß des Stadtgerichts vom 2. September 1857 und unter Verwerfung der Appellation des Beklagten für Recht erkannt:

Beklagter ist schuldig, dem Kläger innerhalb einer von dem Stadtgerichte vorzuberaumenden Frist:

1) eine $1\frac{1}{4}$ pCt. spanische Obligation über 2400 Piaster gegen den zum Cours von $18\frac{1}{2}$ pCt. ausmachenden Betrag und gegen Vergütung der bis zum 31. März 1857 laufenden Zinsen zu liefern,
2) die in der ersten Instanz bisher erwachsenen Kosten zu zahlen,
3) die durch seine mora seit dem 31. März 1857 entstandenen erweislichen Schäden, vorbehältlich deren Liquidation, zu ersetzen.

Von den Kosten dieser Instanz hat Beklagter dem Kläger die Hälfte zu vergüten, im Uebrigen werden dieselben verglichen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 9. Juni 1859.

Auf Appellation der Beklagten.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 23. November 1857 aufzuheben, und dasjenige des Stadtgerichts vom 2. September 1857 mit der Abänderung wieder herzustellen, daß der Beweissatz sub b in Wegfall zu bringen, der Beweissatz sub a aber dahin zu fassen sei:

entweder,

daß das in der Klage gedachte, zwischen beiden Theilen per ultimo Oktober 1854 abgeschlossene Geschäft seinem ganzen Umfange nach unter ihnen von Monat zu Monat weiter und zuletzt per 31. März 1857 verlängert worden sei;

oder,

daß diese Verlängerung wenigstens bis Ende August oder

Ende September 1855 erfolgt sei, und Kläger vor diesem Zeitpunkt den Beklagten zur Rücklieferung der fraglichen Obligation aufgefordert habe.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden compensirt, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe.

A. Mit Unrecht bestreitet der Kläger die Wahrung der Formalien der vom Beklagten dahier eingeführten Appellation, weil es an der gehörigen Interposition fehle. Zwar hat der Beklagte in seiner zeitig eingereichten Interpositionsschrift sich nur des Ausdrucks bedient, er zeige gegen den Bescheid des Appellationsgerichtes vom 23. November 1857 „weitere Berufung" an, ohne die Behörde zu bezeichnen, an welche er Berufung einlegen wolle. Als wesentlich ist jedoch dieser Mangel nicht anzusehen. Der Ausdruck „Berufung" ist im Allgemeinen gleichbedeutend mit „Appellation," und da von Erkenntnissen des Appellationsgerichts eine weitere Appellation nur an das Ober-Appellationsgericht ergriffen werden kann, so war eben dieses Rechtsmittel durch den gewählten Ausdruck genügend bezeichnet, während der Zweifel, ob darunter auch das Rechtsmittel der Revision hätte verstanden werden können, nicht weiter in Betracht kommt, nachdem der Beklagte sich für die Appellation entschieden und diese zeitig dahier eingeführt hat.

B. Ganz grundlos ist es ferner, wenn der Kläger die Fassung der vom Beklagten aufgestellten Beschwerden als ungenau und unbestimmt rügt. Die erste Beschwerde verlangt Abweisung der Klage, ist also eine Wiederholung der Beschwerde des Beklagten in voriger Instanz, die zweite eventuelle Beschwerde ist auf Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Urtheils gerichtet, und es ist nicht abzusehen, weshalb die so gestellten Beschwerden als formell unstatthaft verworfen werden sollten.

C. In der Sache selbst hängt die Entscheidung hauptsächlich von der rechtlichen Auffassung des unter den Parteien am 29. September 1854 abgeschlossenen Prolongationsgeschäftes ab.

Nach der übereinstimmenden Angabe der Parteien bestand dasselbe darin, daß der Kläger dem Beklagten eine spanische 1¼ procentige Obligation von 2400 Piaster zu 18½ pCt. unter der Bedingung verkaufte, daß der Kläger dieselbe zu dem nämlichen Course ultimo Oktober zurückzukaufen berechtigt wie verpflichtet sei. —

Hierin

I. eine bloße Verpfändung der Obligation zu finden, so daß der Kaufpreis der Sache nach ein Dahrlehn des Beklagten gewesen wäre, dazu ist man bei einem von den Contrahenten selbst als Kauf bezeichneten und allen Erfordernissen desselben entsprechenden Geschäft bloß deshalb, weil dabei ein Rückkauf vorbehalten wurde, in keiner Weise berechtigt, wie das Ober-Appellationsgericht bereits in der Frankfurter Sache Dr. Mombert ca. Ellissen April 1845*) ausgesprochen hat. Der Kläger hat auch diesen in der Replik erster Instanz geltend gemachten Gesichtspunkt später selbst aufgegeben, indem er gegen das damit nicht vereinbare stadtgerichtliche Erkenntniß in grav 1. voriger Instanz sich lediglich darauf stützt, daß das fragliche Prolongationsgeschäft ein pactum de retroemendo et retrovendendo sei, und daraus sich die sofortige Verurtheilung des Beklagten rechtfertige.

Ebenso wenig liegt aber

II. in dem Geschäft ein bereits perfekter Rücklieferungsvertrag, d. h. eine unbedingte Uebereinkunft über käufliche Zurückerwerbung der Obligation mit ulimo Oktober 1854.

Der Beklagte hat sich nicht verpflichtet, die Obligation ultimo Oktober zurückzuliefern, und der Kläger nicht, den Kaufpreis gleichen Betrages ultimo Oktober zu zahlen; sondern der Kläger ist nur für berechtigt erklärt worden, die Obligation zurückzukaufen, also zu verlangen, daß der Beklagte sie ihm käuflich wieder überlasse, und zugleich hat er sich verpflichtet, sie zurückzukaufen, also dem Beklagten sie auf dessen Verlangen käuflich wieder abzunehmen. Die Nebenberedung besteht also nur in der vorbereitenden Uebereinkunft, über einen künftig abzuschließenden Rückkauf, während die Perfection des Rückkaufes selbst davon abhängig ist, daß der eine

---

*). Siehe Seite 395.

oder der andere Theil von dem ihm eingeräumten Vorbehalt Gebrauch mache, und dadurch den bis dahin bloß bedingten Consens in den Rückkauf in einen unbedingten verwandle. Hiernach erscheint es

III. als das allein richtige, daß das Geschäft ein Verkauf mit hinzugefügtem pactum de retrovendendo et retroemendo sei, eine Auffassung, die nicht nur im Allgemeinen für das Prolongationsgeschäft von

Bender, Verkehr mit Staatspapieren, ed. 2. S. 450.

aufgestellt wird, sondern womit auch im vorliegenden Falle beide Parteien übereinstimmen, wenn man von dem anfänglichen Versuch des Klägers, eine Verpfändung zu Grunde zu legen, absieht. Jeder Theil hat die Verpflichtung übernommen, sich einen Rückkauf zu dem ursprünglichen Preise gefallen zu lassen, sofern der andere Theil einen solchen verlangen sollte; dieses Verlangen zu stellen, und damit den Eintritt der Bedingung des Rückkaufes herbeizuführen, stand aber in völlig freiem Belieben jedes Contrahenten, und ohne den Eintritt der Bedingung konnte weder von einer Lieferungspflicht des Einen, noch von einer Zahlungspflicht des Andern die Rede sein.

Hieraus folgt, daß bei Beantwortung der Frage, wie lange der Kläger befugt gewesen sei von dem Vorbehalt des Rückkaufes Gebrauch zu machen, die Rechtsregeln von den Wirkungen der mora und von der Zulässigkeit einer purgatio morae — die allerdings für einen Zurücklieferungsvertrag dieselben sein würden, wie für einen Lieferungsvertrag — gar keine Anwendung finden können, weshalb es denn dahin gestellt bleiben kann, ob nicht von dem Gesichtspunkt eines Lieferungskaufes die Verabredung eines festen Lieferungstages (ult. Oktober) die Bedeutung einer Erlöschungsclausel stillschweigend involvirt hätte. Vielmehr handelt es sich lediglich darum, auf welche Zeit der gedachte Vorbehalt nach Inhalt des Vertrags und dessen richtiger Auslegung wirksam sein sollte.

1) Der Vertrag bestimmte einfach, der Kläger solle berechtigt wie verpflichtet sein, die Obligation ult. Oktober zurückzukaufen. Da die Nennung dieses Tages eine Bedeutung haben mußte, so kann die Frage nur die sein, ob damit ein Endtermin oder ein Anfangstermin für die Ausübung der Befugniß zum Rückkauf bezweckt wurde. Auf die dritte durch die Worte zunächst angedeutete Möglichkeit, daß

der Tag der Anfangs- und Endtermin zugleich sein sollte, kommt es hier nicht an, da kein Versuch gemacht worden ist, das Rückkaufsrecht vor ult. Oktober geltend zu machen.

2) Um zu ermitteln, ob ein Anfangs- oder Endtermin beabsichtigt worden sei, müssen die verschiedenen Wirkungen beider ins Auge gefaßt werden. Daß ein vorbehaltenes Wiederkaufsrecht mit dem Ablauf des dafür festgesetzten Endtermins sofort erlösche, und eine nachträgliche Ausübung desselben nicht stattfinde, folgt aus den Grundsätzen von Erfüllung der Bedingungen, und ist im Allgemeinen nie bestritten worden, während die Ausnahme, welche Manche für den Fall machen, wenn es sich nur um eine ganz kurze und für den Käufer unschädliche Verzögerung handle, oder wenn die Versäumniß durch besondere Verhinderungsursachen entschuldigt werde, als für die vorliegende Sache unanwendbar unerörtert bleiben kann. Ebensowenig unterliegt es einem Zweifel, daß da, wo bloß ein dies a quo festgesetzt wurde, die Ausübung des Wiederkaufsrechtes mindestens während der ganzen Verjährungszeit stattfindet, wenn man nicht der Ansicht folgt, daß sie auch an diese Beschränkung nicht gebunden sei.

Vergl. Leyser, meditt. sp. 191 med. 21 — 25.
Glück, Comment. Bd. 16 S. 216 folg.
v. Savigny, System Bd. 3 S. 304 folg.

3) Berücksichtigt man diese Wirkungen, so muß im vorliegenden Falle unbedenklich ein Endtermin als beabsichtigt angenommen werden. Dafür spricht schon die Fassung der Uebereinkunft. Der Kläger ist für berechtigt und verpflichtet erklärt worden, an einem bestimmten Tage zurückzukaufen, der Vorbehalt zu Gunsten des einen wie des andern Contrahenten ist also nur für diesen einen Tag gemacht, was, streng genommen, dahin führt, daß von dem Vorbehalt weder vor noch nach dem Tage Gebrauch gemacht werden durfte. Mag sich aber auch die Zulässigkeit einer anticipirten Erklärung, weil für kein Interesse des Mitcontrahenten irgend verletzend, vertheidigen lassen, so mußte es dagegen für jeden Theil von der größten Wichtigkeit sein, ob der Rückkauf nur bis zu dem festgesetzten Tage, oder von demselben an auf unbestimmte Zeit verlangt werden dürfe, und würde daher, wenn letzteres beabsichtigt wäre, ohne Zweifel ein anderer Ausdruck gewählt worden sein.

Ferner kommt in Betracht, daß der ausbedungene Rückkauf eine Nebenberedung zu dem ursprünglichen Kaufgeschäft bildete, und die dadurch übernommene Pflicht somit für jeden Contrahenten eine Modification der durch das Hauptgeschäft erlangten Rechte und Vortheile enthielt. In solchem Falle muß aber im Zweifel die geringere Beschränkung der Wirkungen des Hauptcontractes, die geringere Belästigung des Promittenten, als beabsichtigt vorausgesetzt werden.

Hauptsächlich entscheidend ist aber endlich die innere Unwahrscheinlichkeit, daß die Contrahenten sich für immer, oder doch für die Dauer der Verjährungszeit, der Möglichkeit ausgesetzt haben sollten, auf das beliebige Verlangen des andern Theils zum Rückkauf für den ursprünglichen Kaufpreis genöthigt zu werden. Würde dieß schon im Allgemeinen die Vermuthung gegen sich haben, so wird die Unwahrscheinlichkeit eine noch weit dringendere bei einem Gegenstande der vorliegenden Art, bei Staatspapieren, welche einen stets veränderlichen und den größten Schwankungen unterliegenden Werth haben. Jeder Contrahent hätte durch eine solche Stipulation sich auf unbestimmte Zeit hinaus der Gefahr eines empfindlichen Verlustes ausgesetzt, während die Beschränkung des Vorbehaltes auf die kurze Zeit eines Monats das Risiko in den Grenzen einer gewöhnlichen Spekulation hielt. Die Unwahrscheinlichkeit wird auch nicht dadurch beseitigt, daß der Vorbehalt zu Gunsten beider Theile gemacht wurde. Denn dieß hat nur die Folge, daß jeder von Beiden in eine von dem Willen des Andern abhängige Lage versetzt ist, und sich die Wahl des für ihn ungünstigsten Zeitpunktes zum Rückkauf gefallen lassen muß, während dieser Nachtheil durch die gleiche Freiheit der Wahl von seiner Seite nicht ausgeglichen wird, da es völlig ungewiß bleibt, ob und wann ein für ihn günstiger Zeitpunkt eintreten werde. Ein Mittel, die vertragsmäßige Wahl des Gegners auf bestimmte Zeit einzuschränken, steht aber keinem Theil zu Gebote.

D. Aus dem Bisherigen folgte, daß die Klage, soweit sie nur auf den ursprünglichen Contract vom 21. September 1854 und die erst im Jahre 1855 resp. 1857 vom Kläger an den Beklagten gerichtete Aufforderung zur Lieferung gestützt werden sollte, nicht für begründet erachtet werden konnte. Ob aber durch ein vom Beklagten nach Ablauf des Termins (ult. Oktober) ausgegangenes Erbieten

zur Lieferung der Obligation die Versäumniß des Klägers unschädlich gemacht, und ein Klaganspruch für ihn entstanden sein würde, kann schon deshalb dahin gestellt bleiben, weil der Kläger sich darauf nicht nur nicht gestützt, sondern die desfallsige Behauptung des Beklagten entschieden in Abrede gestellt hat.

Es bleibt somit nur noch die Prüfung der in Klage und Replik geltend gemachten weiteren Klaggründen der fortgesetzten Erneuerung des Contracts und einer besonderen Börsen-Usance übrig.

I. In der Klage wurde behauptet, das Prolongationsgeschäft sei ult. Oktober 1854 „und später immer weiter" erneuert worden, schon im Jahre 1855 jedoch habe Kläger den Beklagten zur Lieferung aufgefordert, und diese Aufforderung nachher vielfach, namentlich am 25. und 31. März 1857, wiederholt. Schon dieses Vorbringen würde nothdürftig zur Begründung der Klage genügt haben, da der etwas unbestimmte Ausdruck, „immer weiter" dem Zusammenhange nach unverkennbar bedeuten sollte, der Contract sei so lange erneuert worden, daß er noch bestanden habe, als die fraglichen Aufforderungen an den Beklagten ergingen. Hierauf kann es aber allein ankommen, da die Aufforderung des Klägers zu einer Zeit, wo der Vorbehalt noch in Wirksamkeit war, den Rückkauf in einen unbedingten verwandelte.

Jedenfalls kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die nähere Angabe in der Replik: die Erneuerung der Prolongation sei jedesmal von ultimo bis ultimo des nächsten Monats und sofort erfolgt, und auch nach der Aufforderung von 1855 sei die Erstreckung von Monat zu Monat geschehen, sich nur als eine zulässige Erläuterung darstellt.

Auch bedarf der Einwand des Beklagten, die fortgesetzte Erneuerung stehe mit der Erfolglosigkeit der angeblichen mehrfachen Aufforderungen zur Lieferung im Widerspruch, keiner Widerlegung.

Das Verlangen der Beklagten, die auf fortgesetzte Erneuerung des Contractes gestützte Klage überhaupt oder doch angebrachter Maaßen abzuweisen, war daher offenbar unbegründet. Andererseits bedarf es unbestritten erst noch des Beweises dieses Klaggrundes. Daß dabei das replicando hervorgehobene Factum von einer Zinsvergütung am 3. Juli 1855 nicht etwa zu einer besonderen Beweis-

auflage Anlaß geben konnte, folgt schon aus der Stellung der klägerischen Beschwerden in voriger Instanz, in denen eine bestimmte Beweisformulirung beantragt worden ist, so daß es lediglich dem Kläger überlassen werden muß, ob und wieweit er etwa durch den Nachweis dieser, vom Beklagten gleichfalls geleugneten speciellen Thatsache, die Prolongation bis zu dem gedachten Zeitpunkt beweisen zu können glaubt.

II. Was den anderen Klaggrund, die in der Replick behauptete Börsen-Usance, betrifft, so kann es dahin gestellt bleiben, ob darin eine unzulässige Klagänderung gefunden werden müßte, da das fragliche Vorbringen jedenfalls als materiell zu verwerfen erscheint. Der Kläger stellt sich in der Replik auf den Standpunkt, daß man den Handel, d. h. den bedungenen Rückkauf, als ein bloßes Lieferungsgeschäft auf Zeit ansehe, und behauptet für diesen Fall eine Börsen-Usance dahin, daß der Beklagte von der Verpflichtung zu liefern nur dann entbunden wäre, wenn er vor dem anfänglichen oder erstreckten Lieferungstermine den Kläger zum Bezuge aufgefordert und in moram versetzt hätte. Unverkennbar wollte hiernach der Kläger nur die rechtlichen Folgen bestimmen, welche ein bereits perfectes Rücklieferungsgeschäft sub die habe, wenn es vor Ablauf des Termins nicht erfüllt worden sei; er wollte den Rechtssatz geltend machen, daß der auf Grund des Rückkaufes L i e f e r u n g s p f l i c h t i g e durch den bloßen Ablauf der Frist von der Erfüllungspflicht nicht frei werde, sondern ein vorgängiges Anbieten der Erfüllung hinzukommen müsse. Davon ist aber der vorliegende Fall, wo es sich um den bloßen Vorbehalt eines Rückkaufsrechtes handelt, und wo, bevor von dem Vorbehalt Gebrauch gemacht wurde, eine Lieferungspflicht noch gar nicht existirte, völlig verschieden. Erheblich würde hier nur eine Usance sein, wodurch die obige Auslegung der Festsetzung eines bestimmten Tages für die Ausübung des Rückkaufsrechtes modificirt werden würde. Darauf aber kann die vom Kläger behauptete Usance in keiner Weise bezogen werden, weshalb es unerörtert bleiben kann, ob eine derartige Usance überhaupt als mit der Natur des vorliegenden Geschäfts vereinbar würde anerkannt werden können.

Hiernach mußte in der Hauptsache eine Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses, nur unter Wegfall des unter b vor-

mirten Beweissatzes erfolgen, wodurch zugleich die erste Beschwerde des Klägers in voriger Instanz ihre Erledigung findet. Es bleibt nur noch übrig

F. auf Grund der reviviscirenden zweiten klägerischen Beschwerde voriger Instanz die Fassung des stadtgerichtlichen Beweissatzes sub a zu prüfen, sowie über den Einwand des Beklagten zu entscheiden, daß er dem Kläger mehrmals den Rückkauf angeboten habe.

I. Jene Beschwerde des Klägers mußte im Wesentlichen für begründet erachtet werden, da es dem Kläger nicht abgeschnitten werden kann, zu beweisen, daß er schon Ende August oder September 1855 den Beklagten zur Lieferung der Obligation aufgefordert habe, und er in diesem Fall die Erneuerung des Contractes eben nur bis zu dieser Zeit nachzuweisen verpflichtet ist. Ebenso stellt sich ein Beweis über die am 25. und 31. März 1857 ergangene Aufforderung als überflüssig dar, da der Beklagte in der Vernehmlassung die desfallsige specielle Behauptung der Klage nicht bestimmt in Abrede gestellt, vielmehr durch die Aeußerung: „ganz spät erst habe der Kläger sich beigehen lassen, auf eine längst abgemachte Sache zurückzukommen," implicite zugestanden hat. Es bedarf also nur der Alternative der Verlängerung des Contractes bis Ende März 1857, oder der Verlängerung bis August resp. September 1855 in Verbindung mit der damaligen Aufforderung.

II. Der Einwand des Beklagten, daß er dem Kläger mehrmals den Rückkauf angeboten, dieser aber denselben wegen der niedrigen Course unterlassen habe, war zu verwerfen. Nach der obigen Auffassung des Contractsverhältnisses würde der Beklagte durch ein solches Erbieten den bedungenen Rückkauf seinerseits in einen unbedingten umgewandelt haben, und es würde dadurch auch für den Kläger das Recht auf Vollziehung des Rückkaufs entstanden sein; dieses Recht aber wäre, da damit die vertragsmäßige Frist ihre Erledigung gefunden hätte, nur noch an die gesetzliche Verjährungszeit gebunden gewesen. Aber auch abgesehen hiervon kann, in Ermangelung jeder näheren Zeitangabe, aus dem mehrmaligen Anerbieten allein nicht geschlossen werden, daß der Kläger sich durch mora accipiendi seines Rechtes verlustig gemacht habe.

Ueber die compensirten Kosten zweiter Instanz liegt keine Beschwerde vor. Die Kosten jetziger Instanz waren aber bei ergehender reformatoria gleichfalls zu compensiren.

Auszug aus den Seite 388 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

Ellissen ca. Mombert vom Jahre 1845.

Die Verordnung vom 20. April 1830, die Versteigerung verpfändeter und nicht eingelöster Obligationen betreffend, kann aber schon um deswillen keine Anwendung finden, weil sie nur auf verpfändete Staatspapiere geht, von denen es sich hier nicht handelt, da das Hingeben von Staatspapieren in Prolongation keine Verpfändung, sondern ein Verkauf mit der Verpflichtung zum Rückkaufe ist und Kläger jedenfalls ihm gehörige und keineswegs dem Beklagten eigenthümliche ihm nur verpfändete Papiere anderweit verkauft hätte.

196.

Direction der Aachener und Münchener Feuer-Versicherungsgesellschaft zu Aachen, Klägerin gegen **Heinrich Köpp** aus Wesel, jetzt zu Frankfurt, Beklagten, Forderung einer Conventionalstrafe betreffend.

Vorbemerkung.

Der von Wesel gebürtige, großjährige Heinrich Köpp wurde am 31. December 1855 von der Aachener und Münchener Feuerversicherungsgesellschaft bei deren Subdirection zu Berlin angestellt und in den desfallsigen zu Berlin abgeschlossenen Dienstvertrag in § 6 folgende Bestimmung aufgenommen:

„Für den Fall, daß die Anstellung des Herrn Köpp in irgend einer Weise aufhört, verpflichtet er sich auf sein Ehrenwort und unter der hierunter näher bestimmten Conventionalstrafe, zwei Jahre lang nachher ohne die Zustimmung der Direction weder in die Dienste einer andern Versicherungs-Gesellschaft oder Anstalt, noch eines Beamten oder Agenten derselben zu treten, noch direct oder indirect Geschäfte für solche zu übernehmen oder zu betreiben. Diese Verpflichtung hört jedoch auf, wenn eine Kündigung in Folge des § 5 erfolgen sollte. Die oben erwähnte Conventionalstrafe wird auf den zweijährigen Betrag seines, für das Jahr vor dem Aufhören der Anstellung empfangenen Gehaltes und sonstiger etwaigen Emolumente festgesetzt, und verpflichtet sich Herr Köpp ausdrücklich hiermit zu deren Zahlung an die Direction, im Falle er der obigen Verpflichtung zuwiderhandelt."

Im Juli 1856 wurde Köpp auf sein Nachsuchen aus dem Dienste der Aachener und Münchener Feuer-Versicherungsgesellschaft wiederum entlassen und trat alsbald in die Dienste der hiesigen Feuer-Versicherungsgesellschaft Phönix ein.

Wegen des letzteren Umstandes erhob die erstgenannte Gesellschaft gegen Köpp aus den Bestimmungen des oben cit. § bei hiesigem Stadtgerichte Klage auf Zahlung der bedungenen Conventionalstrafe. — Beklagter erkannte zwar die thätsächlichen Verhältnisse an, bestritt aber die Anwendbarkeit der Bestimmungen des fraglichen § 6, indem er, neben den Einreden des Verzichtes und des mangelnden Interesses, vor Allem vorschützte, daß der gedachte Dienstvertrag nach Preuß. Recht für ihn als Haussohn ohne Zustimmung seines Vaters überhaupt unverbindlich, und insbesondere der § 6 dieses Vertrags nach gemeinem und jedenfalls nach preuß. Recht wegen der darin enthaltenen Beschränkung seiner Erwerbsfähigkeit nichtig sei.

Das Stadtgericht verurtheilte mit Decret vom 19. August 1857 den Beklagten, unter Verwerfung aller Einreden, dem Klagantrage gemäß und wurde dies Erkenntniß, auf Appellation des Beklagten, in zweiter Instanz mit Urtheil vom 28. Oktober 1857 und in dritter Instanz durch Urtheil vom 23. Juni 1859 aus folgenden Gründen bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Der Beklagte hat seine in voriger Instanz bestätigte Verurtheilung in die durch § 6 seines Dienstvertrages mit der Klägerin festgesetzte Conventionalstrafe von neuem auf Grund der schon in erster Instanz gegen die Klage vorgeschützten vier Einreden angefochten und verlangt entweder Abweisung der Klage oder doch Einleitung des Beweisverfahrens über den Grund der Einreden. Seine hierauf gerichtete Beschwerde mußte jedoch als unbegründet verworfen werden.

I. Die erste Einrede stützt sich darauf, daß der Beklagte beim Abschluß des fraglichen Dienstvertrags noch in väterlicher Ge-

walt gestanden habe, der Vertrag, insbesondere die der Klage zu Grunde liegende Stipulation in § 6 desselben, daher in Ermangelung der Genehmigung seines Vaters ungültig sei.

Die Parteien sind darüber einverstanden, daß der Grund dieser Einrede nach Preußischem Recht zu beurtheilen sei, wie dies denn auch, da es sich um die persönliche Fähigkeit des Beklagten zur Eingehung von Verträgen handelt und ein Aufgeben seines väterlichen Wohnsitzes zu Wesel vor Abschluß des Dienstvertrags nicht behauptet ist, keinem Zweifel unterliegen konnte.

Die Klägerin hat nun die Voraussetzungen, vermöge deren das Bestehen der väterlichen Gewalt über den Beklagten — bis zum Beweis eines Aufhebungsgrundes — angenommen werden muß, in keiner Weise bestritten.

Damit erscheint die Einrede an sich als hinreichend begründet, da das Preußische Landrecht Thl. II. Tit. 2 § 125 bis 131 die Regel aufstellt, daß alle Handlungen des Hauskindes, wodurch es Lasten und Verbindlichkeiten übernimmt, ohne Einwilligung des Vaters unwirksam sind, ein Satz, der sich keineswegs bloß auf minderjährige Hauskinder bezieht. Allein die Klägerin hat geltend gemacht, daß der großjährige Beklagte bereits vor dem mit ihr abgeschlossenen Dienstvertrage durch die Betreibung eines eigenen Gewerbes aus der väterlichen Gewalt herausgetreten sei und diese Replik mußte mit den beiden vorigen Instanzen für begründet und liquid, somit die Einrede für beseitigt erachtet werden, so daß es auf die ferner aus der Nothwendigkeit des Vertrags für den Beruf des Beklagten und aus einer Genehmigung des Vaters hergenommenen Repliken nicht mehr ankommt.

Die Behauptung der Klägerin, daß der Beklagte bei dem Vertragsabschluß bereits großjährig gewesen sei, ist von dem Letzteren nicht in Abrede gestellt worden. Nach § 212 a Thl. II. Tit. 2 des Preußischen Landrechts wird aber ein großjähriger Sohn, welcher ein eigenes Gewerbe treibt, als aus der väterlichen Gewalt entlassen angesehen.

Vergl. Koch, Preußisches Privatrecht Bd. 2 § 776.

Erwägt man den Grund dieser gesetzlichen Bestimmung, so läßt sich weder annehmen, daß unter „Gewerbe" nur ein Erwerbszweig besonderer Art, etwa nur ein Handwerk, habe verstanden, noch auch,

daß mit dem Ausdruck „eigenes“ Gewerbe die volle Selbstständigkeit des Gewerbtriebes zur Bedingung habe gemacht werden sollen. Vielmehr hat man davon auszugehen, daß die Vorschrift eine Erweiterung derjenigen über abgesonderte Wirthschaft (§ 210) bezweckte, der Ausdruck „eigenes Gewerbe“ zunächst nur im Verhältniß zum Vater aufgefaßt wurde und danach jeden Erwerbszweig bezeichnen sollte, welcher getrennt von dem Geschäft und der Einwirkung des Vaters betrieben wird, nicht mehr der Stufe der Vorbereitung oder Ausbildung angehört und dem Sohne entweder ganz oder doch theilweise (vergl. § 212b) die Mittel zum eigenen Unterhalt gewährt. Am wenigsten läßt sich hieran zweifeln, wenn der Sohn mit einem solchen Erwerbszweig sich allein zu ernähren im Stande ist, vergl. § 213. Hiermit stimmt auch die Auslegung überein, welche der § 212a in der Preußischen Doctrin und Praxis, in Anwendung auf verschiedene Berufsgeschäfte eines Haussohnes, erhalten hat,

Vergl. Ergänzungen und Erläuterungen der Preußischen Rechtsbücher Bd. 3 S. 291 — 293

und insbesondere stimmen damit wiederholte Präjudicien des Obertribunals in Berlin überein.

Die Präjudicien des k. Ober-Tribunals seit 1849, Berlin 1856 S. 55,

Striethorst, Archiv für Rechtsfälle Bd. 15 S. 139 ff. Bd. 21 S. 268 ff;

von denen das in den vorliegenden Acten mehrfach angeführte und von der Klägerin jetzt abschriftlich beigebrachte, den Erwerbszweig als Provisor einer Apotheke, sowie den als Hauslehrer für geeignet zur Aufhebung der väterlichen Gewalt erklärt, von denen aber eins (Striethorst Bd. 15 cit.) auch gerade den Fall der Anstellung bei einer Versicherungsgesellschaft betrifft.

Im vorliegenden Falle steht nun nach den übereinstimmenden Angaben der Parteien fest, daß der Beklagte im Herbst 1854, nachdem er schon längere Zeit im Dienste der Klägerin thätig gewesen war, von derselben bei deren Haupt-Agentur zu Dresden mit einem Gehalt von jährlich 300 Thlrn. angestellt wurde und in dieser Stellung

seinen Beruf bis Ende November 1855 ausübte. Daß hierin die Betreibung eines eigenen Gewerbes im obigen Sinne lag, zumal da der Betrag des Gehalts dem Beklagten die Möglichkeit gewährte, ohne fernere Unterstützung seines Vaters zu leben, und daß demnach der Beklagte bei Abschluß des jetzt in Frage stehenden Dienstvertrags vom 31. Dezember 1855 bereits aus der väterlichen Gewalt herausgetreten war, kann keinem Zweifel unterliegen.

II. Die zweite Einrede des Beklagten geht dahin, daß die Stipulation in § 6 des Dienstvertrages als unstatthafte Beschränkung der Rechte des Domicils und der Arbeitsfreiheit gegen die guten Sitten und das öffentliche Recht verstoße und darum nichtig sei. Müßte diese Behauptung

1) nach dem zu Frankfurt geltenden Recht für begründet gehalten werden, so wäre die Klage nach allgemein anerkannten Grundsätzen abzuweisen, ohne Rücksicht darauf, ob die Stipulation nach Preußischem Recht statthaft sein würde oder nicht. Allein das gemeine und Frankfurter Recht enthält nichts, was eine Vertragsbedingung der fraglichen Art unzulässig machte. Wie darin eine Beschränkung der Rechte des Domicils liegen soll, ist nicht abzusehen, aber auch eine Immoralität läßt sich in dem fraglichen Versprechen, welches dem Beklagten mit Rücksicht auf die Vortheile seines Dienstvertrags nur für eine bestimmte Zeit eine relative Beschränkung in der Ausübung seines Erwerbzweiges auferlegte und wofür andererseits ein wohlbegründetes Interesse des Mitcontrahenten denkbar ist, in keiner Weise finden; und ebenso wenig bieten die gesetzlichen Einrichtungen des Gewerbswesens in Frankfurt ein Hinderniß dafür dar. Es kommt daher nur darauf an, ob die Einrede

2) auf Grund des Preußischen Rechts als erheblich anzusehen ist. Wenn die Klägerin die Anwendbarkeit des Preußischen Rechts in diesem Punkte bestreitet, so wird freilich von einzelnen Rechtslehrern

vergl. Savigny, System Bd. 8 S. 275 ff.

behauptet, daß bei der Frage, ob der Gültigkeit einer Obligation ein Gesetz von streng positiver zwingender Natur entgegenstehe, immer nur das am Ort der angestellten Klage geltende Recht in Betracht komme, also ebensowohl ein an diesem Ort bestehendes Verbot angewendet, als ein anderwärts (am Sitz der Obligation) bestehendes

Verbot unberücksichtigt gelassen werden müsse. Allein dem letzten Theil dieser Behauptung kann nicht beigepflichtet werden.

Wenn gleich die Beurtheilung eines Contractes nach den Gesetzen des Ortes, wo er erfüllt werden soll, oder eventuell, wo er abgeschlossen worden ist, insofern auf der freien Unterwerfung der Contrahenten beruht, als es ebenso gut von ihrem Belieben abhängt, welchen Ort der Erfüllung und des Abschlusses sie wählen, als ob sie überhaupt mit einander contrahiren wollen, so geht es doch zu weit, wenn man deßhalb, weil die Anwendung eines verbietenden Gesetzes von dem Willen der Betheiligten unabhäng ist, die Wirkung des Contractes in dieser Beziehung von dem einmal gewählten Ort ganz loslösen zu können glaubt. Vielmehr muß mit der jetzt herrschenden Doctrin

vergl. Kierulff, Civilr. S. 81,

v. Vangerow, Pand. I. § 27,

Wächter, im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 25 S. 8.

angenommen werden, daß durch den von den Contrahenten gewählten Ort ein für alle Mal die Herrschaft des Gesetzes bestimmt ist, welchem der Contract in seinen rechtlichen Folgen unterliegt, einerlei ob der Inhalt des Gesetzes blos ergänzend oder auch positiv zwingend auf diese Folgen einwirkt. Erklärt das Gesetz, unter dessen Herrschaft die Betheiligten einmal zu contrahiren sich entschlossen haben, den Contract für ungültig, so haben sie etwas Unmögliches gewollt, sie haben sich etwas versprochen, was sie sich nicht versprechen konnten und was daher als nicht zugesagt angesehen werden muß.

Wendet man dies auf den vorliegenden Fall an, so muß der Dienstvertrag des Beklagten durchgängig nach Preußischem Recht beurtheilt werden. Da der Beklagte bei der Subdirection in Berlin angestellt wurde, so war damit die Erfüllung, so lange das Dienstverhältniß bestand, eben dahin verlegt. Für die Clausel in § 6 des Vertrags war kein Erfüllungsort bestimmt und konnte der Natur der Sache nach keiner bestimmt werden, hier entscheidet also der Ort des Contractabschlusses und dieser war ebenfalls Berlin.

Hiervon ausgegangen ist die Behauptung des Beklagten, daß die Stipulation im § 6 des Dienstvertrags eine unstatthafte Be-

schränkung seiner Gewerbefreiheit enthalte, die einzige, welche einer näheren Prüfung bedarf, da derselbe sonst keine Bestimmung des Preußischen Rechtes anzuführen vermocht hat, welche abweichend vom gemeinen Recht der Stipulation im Wege stände. Jene Behauptung hat der Beklagte, obwohl sie im Allgemeinen bereits in seinem exceptivischen Vorbringen enthalten war, erst in zweiter und dritter Instanz durch Anführung specieller gesetzlicher Vorschriften, nämlich des Gewerbe-Steuer-Edicts vom 2. November 1810 und der Cabinets-Ordre vom 19. April 1813 zu belegen gesucht. Formell steht der Berücksichtigung dieser Vorschriften nichts entgegen, da die Berufung auf Bestimmungen einer vom Richter in Anwendung zu bringenden auswärtigen Gesetzgebung zwar je nach Bedürfniß zu einer Beweisauflage führen, aber deßhalb doch nicht als Vorbringen eines neuen Thatumstandes behandelt werden darf.

Materiell ist soviel gewiß, daß, wenn das in § 6 des Dienstvertrages enthaltene Hauptversprechen ungültig sein sollte, auch die hinzugefügte Conventionalstrafe nicht gefordert werden könnte.

Preuß. Landr. Thl. I. Tit. 5 § 310.

Allein das Hauptversprechen kann durch die Cabinets-Ordre vom 19. April 1813 nicht für verboten erachtet werden, wie auch das Königliche Ober-Tribunal in Berlin bei Stipulationen dieser Art sich schon wiederholt in gleichem Sinne ausgesprochen hat.

Striethorst, Archiv Bd. II. S. 238 ff.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob dies nicht schon deßhalb angenommen werden müßte, weil der Beklagte durch sein Versprechen nicht überhaupt von der Ausübung seines Erwerbszweiges ausgeschlossen, sondern nur an die Beschränkung gebunden wurde, ihn nicht ohne Zustimmung der Klägerin bei einer anderen Versicherungsgesellschaft ausüben zu dürfen. Entscheidend ist jedenfalls der schon vom Appellationsgericht in der Sententia a qua angedeutete Grund für die Zulässigkeit des Versprechens, daß dadurch nicht der selbstständige Betrieb eines Gewerbes beeinträchtigt wurde. Die Cabinets-Ordre vom 19. April 1813 verbietet nur solche Verträge, welche der durch das Gewerbesteuer-Edict vom 2. November 1810 verliehenen Gewerbefreiheit zuwiderlaufen, weßhalb denn die Preußischen Gerichte mit Recht die Cabinets-Ordre, sowohl in den

Provinzen, wo jenes Edict nicht eingeführt ist, als in Betreff der erst durch die allgemeine Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845 anerkannten Ausflüsse der Gewerbefreiheit für unanwendbar erklärt haben. Es kommt also nur darauf an, welches der Inhalt der durch das Edict vom 2. November 1810 garantirten Gewerbefreiheit sei. Eine ausdrückliche Garantie der Gewerbefreiheit ist aber nach § 16 und 17 des Edictes nur denen gegeben, welche auf Grund eines bei der Polizei-Behörde gelösten Gewerbescheins einen bestimmten Erwerbszweig ausüben. Schon aus dem finanziellen Zwecke des Gesetzes, aus der gesammten Fassung desselben und dem beigefügten Steuer-Tarif läßt sich schließen, daß nur diejenigen, welche selbstständig ein Gewerbe auf eigene Rechnung betreiben, sowohl zur Lösung eines Gewerbescheins verpflichtet, als durch die §§ 16 und 17 berechtigt werden sollten. Insbesondere ergibt sich dies für den Betrieb von Handel und Fabriken ganz bestimmt aus § 5 Nr. 67, wonach überall nur die Principale einer Handlung, nicht aber die Aufseher, Gehülfen und Arbeiter einen Gewerbeschein zu lösen haben. Nach dem Edict konnten also auch die mit festem Gehalt angestellten Beamten einer Versicherungsgesellschaft nicht für dazu verpflichtet gehalten werden und folgeweise ebenso wenig den gesetzlichen Schutz des § 16 und 17 für sich in Anspruch nehmen. Der Einwand des Beklagten, daß dem, welcher nicht einmal einen Gewerbeschein zu lösen brauche, die Gewerbefreiheit um so unumschränkter zustehe, ist unzutreffend. Denn wenn das Edict die von ihm gewährte Gewerbefreiheit nach § 16 an der Voraussetzung eines Gewerbescheins knüpft, und im § 2 das Betreiben eines Gewerbes ohne solchen Schein für strafbar erklärt, so folgt daraus, daß die Geschäftsthätigkeit derer, welche eines Gewerbescheins nicht bedürfen, also auch aller Gehülfen und Arbeiter in einem fremden Handelsgeschäft gar nicht unter dem Betrieb eines Gewerbes im Sinne des Gesetzes begriffen werden sollte, und die Verhältnisse solcher Gehülfen mit ihren möglichen Beschränkungen überhaupt nicht zum Gegenstand des Gesetzes gemacht wurden.

Hiernach war auch die zweite Beschwerde des Beklagten unbegründet.

Dasselbe gilt

III. von der dritten Einrede, daß der Klägerin jedes rechtliche Interesse fehle, da sie einen reellen Schaden aus der Handlungsweise des Beklagten nicht zu behaupten vermocht habe. Sowohl gemeinrechtlich als nach Preußischem Recht (siehe Landrecht Thl. I. Tit. 5 § 292) ist das Ausbedingen einer Conventionalstrafe, wo sie, wie hier, an die Stelle der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit treten soll, nichts anders, als das Vorausbestimmen eines bestimmten Betrags, zu welchem das Interesse an der Nichterfüllung des Hauptcontractes vertragsmäßig angeschlagen wird und bedarf es daher zum Einfordern der Strafe nicht erst noch des Nachweises eines wirklich erlittenen Schadens.

IV. Zweifelhafter ist die Erheblichkeit der vierten Einrede der des Verzichtes. Nach der übereinstimmenden Angabe der Partheien steht fest, daß der Beklagte sein Entlassungsgesuch vom 1. Juli 1856 damit motivirte, es sei ihm eine Inspectorstelle beim Phönix angeboten worden und er habe sich entschlossen, darauf einzugehen, wenn die Klägerin ihn von den Verpflichtungen des mit ihr abgeschlossenen Dienstvertrages entbinden wolle. Wenn nun die Klägerin hierauf dem Beklagten, wie er behauptet, durch die Subdirection in Berlin eröffnen ließ:

> sie werde von den ihr aus den Verträgen (§ 6) zustehenden Rechten Gebrauch machen, wenn und sobald sich herausstelle, daß Beklagter der klägerischen Gesellschaft durch seinen Uebertritt zu einer anderen Gesellschaft Schaden zufüge,

so könnte es, zumal mit Rücksicht auf das Circular der Klägerin vom 27. März 1855, den Anschein gewinnen, als habe die Klägerin sich den Uebertritt des Beklagten in den Dienst des Phönix gefallen lassen und nur für den Fall, daß er ihr in seiner neuen Stellung einen Schaden zufüge, den Anspruch aus § 6 des Dienstvertrages vorbehalten wollen. Dieser Auffassung steht jedoch entgegen, daß die Eröffnung der Klägerin, wie sie vom Beklagten referirt wird, derjenigen Bestimmtheit entbehrt, welche zur Annahme eines Verzichtes unentbehrlich ist. Schon daraus entsteht ein Zweifel, daß der Beklagte in seinem Entlassungsgesuche gar nicht speciell eine Entbindung von der Clausel in § 6 des Dienstvertrages, sondern nur im Allgemeinen von den Verpflichtungen des Contractes bean-

tragt hatte, die Klägerin konnte daher annehmen, daß es nur auf die sofortige Entlassung abgesehen sei, während nach dem Contract der Beklagte bis zu Ende des Jahres 1856 im Dienst zu bleiben hatte, und dann würde sich die fragliche Eröffnung sehr wohl dahin erklären lassen, daß dem Beklagten zwar die sofortige Entlassung bewilligt werde, die Klägerin sich aber ihre Rechte aus § 6 des Dienstvertrags vorbehalte, wenn der Beklagte ihr den in dem Uebertritt zu einer anderen Gesellschaft liegenden Schaden zufüge. Sieht man aber auch hiervon ab, so ist doch in dem Vorbehalt der Rechte der Klägerin für den Fall der Schadenszufügung ohne einen die ausschließliche Beschränkung hierauf bezeichnenden Ausdruck (z. B. durch ein „nur" oder dergleichen) noch keineswegs mit Sicherheit die Erklärung zu finden, daß sie, ohne einen ihr zugefügten besonderen Schaden von ihrem Recht auf Conventionalstrafe, keinen Gebrauch machen werde. Eine solche Annahme würde vielmehr immer nur auf einer, jeder Zuverlässigkeit entbehrenden Schlußfolgerung beruhen, zu welcher man um so weniger berechtigt ist, da es, wenn die Klägerin einmal nicht g a n z von dem § 6 des Vertrages abstehen wollte, sehr unwahrscheinlich ist, daß sie die Benutzung der Clausel von der äußerst schwierigen, ja den Umständen nach fast unthunlichen Erbringung einer besonderen Schadensliquidation abhängig gemacht haben sollte.

Es mußte somit auch die vierte Einrede für verwerflich erachtet werden.

Bei der Bestätigung des vorigen Urtheils war der Beklagte auch in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

197.

B. geb. **A.**, Klägerin gegen ihren Ehemann **B.**, Beklagten, wegen Ehescheidung, jetzt Gestattung einstweiliger abgesonderter Wohnung betreffend.

Erkenntniß des Stadtgerichts I.

vom 22. Januar 1858.

In Erwägung daß,

1) den vernommenen Zeugen von demjenigen Vorfall, welcher dem wiederholten Antrag der Klägerin auf Gestattung provisorischer Trennung beider Theile zum Grunde liegt, zwar aus eigener Wahrnehmung nichts bekannt ist, und sie nicht gerade mit angesehen haben, wie durch das Benehmen des Beklagten, das von der Klägerin geschilderte Uebel herbeigeführt wurde; inzwischen

2) nach dem ganzen Inhalt des Zeugenverhörs in Verbindung mit den zwischen beiden Theilen jedenfalls bestehenden Zerwürfnissen es als höchst wahrscheinlich angenommen werden muß, daß das fragliche Uebel die Folge des in thätlichen Angriff ausgearteten, unsanften Benehmens des Beklagten gegen seine Ehefrau, die Klägerin, gewesen sei, und es zur Erkennung provisorischer Trennung keines vollständigen Beweises, sondern nur einer genügenden Bescheinigung der betreffenden Thatsachen bedarf, wie solche in der Zeugenvernehmung gefunden werden kann; daher

3) zur Vermeidung schlimmerer Auftritte die beantragte provisorische Trennung nunmehr geboten erscheint —

wird zu Recht erkannt:

1) Es wird der Klägerin für die Dauer des Ehescheidungsprocesses der einstweilige Bezug einer abgesonderten

Wohnung gestattet und hat Beklagter der Klägerin die erforderliche Wäsche, Kleidungsstücke, Betten und Mobiliar verabfolgen zu lassen, zu welchem Ende der Gerichtssecretär mit Ausscheidung und Verzeichnung dieser Gegenstände beauftragt wird;

2) Beklagter wird verurtheilt, der Klägerin die Kosten des Verfahrens über den erneuerten Antrag auf provisorische Trennung zu ersetzen.

Erkenntniß des Appellationsgerichts

vom 22. März 1858.

Auf Appellation des Beklagten.

In Erwägung, daß

1) aus den Depositionen der abgehörten Zeugen nicht mit Bestimmtheit hervorgeht, daß die an der Klägerin seiner Zeit bemerkte Verletzung ihr durch den Beklagten zugefügt worden sei, daß

2) jedenfalls die Absicht des Beklagten, die Klägerin zu verletzen, nicht constirt, daß

3) nicht nur durch den Zeugen Dr. S. die Unerheblichkeit jener Verletzung bewahrheitet worden, sondern auch die weitere Aussage am Schlusse dessen Abhörung, es höchst wahrscheinlich macht, daß die Klägerin bemüht gewesen ist, aus dem fraglichen Umstande eine für den Beklagten nachtheilige Folgerung zu ziehen und denjenigen Zweck zu erreichen, nach welchem sie bereits durch ihren früheren Antrag vergeblich hingestrebt hat, daß

4) das zwischen beiden Eheleuten bestehende Zerwürfniß an und für sich keinen hinreichenden Grund zur provisorischen Trennung derselben abgeben kann, — — und daß

5) der Umstand, daß Beklagter schon am 23. Januar 1858 dem am 22. ejusd. publicirten Stadtgerichts-Erkenntniß Folge gegeben hat, um so weniger auf eine Einwilligung in die verfügte provisorische Trennung schließen läßt, als er sich dem Vollzug jenes Erkenntnisses zu widersetzen nicht vermochte, da der dagegen später

rechtzeitig eingelegten Appellation der Suspensiveffect versagt worden ist und versagt werden mußte,

wird für Recht erkannt:

I. Es wird unter Aufhebung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 22. Januar 1858 die Klägerin mit ihrem Antrage auf provisorische Trennung abgewiesen und verurtheilt, dem Beklagten die dadurch verursachten Kosten erster Instanz zu ersetzen.

II. Die Kosten dieser Instanz werden compensirt, und hat Appellatin dem Appellanten die Hälfte der Kosten dieses Erkenntnisses und des heutigen Protokolls zu ersetzen.

Dieses Erkenntniß des Appellationsgerichts wurde auf Appellation der Klägerin durch Urtheil des Ober-Appellationsgerichts vom 25. Juni 1859, unter Verurtheilung der Klägerin in die Kosten, lediglich bestätigt.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

Die Klägerin beschwert sich darüber, daß durch die sententia a qua ihr am 10. December 1857 gestellter Antrag auf Gestattung einstweiliger abgesonderter Wohnung zurückgewiesen worden ist, und verlangt Wiederherstellung des stadtgerichtlichen Erkenntnisses vom 22. Januar 1858, wodurch jenem Antrage auf die Dauer des Ehescheidungsprocesses der Partheien stattgegeben worden war. Es mußte jedoch die Beschwerde als unbegründet verworfen werden.

Wenn die Klägerin sich

I. darauf stützt, daß der Beklagte das stadtgerichtliche Erkenntniß vorbehaltlos befolgt, ja dessen Vollziehung selbst beantragt und dadurch in den Antrag der Klägerin eingewilligt, sowie die Rechtskraft des gedachten Erkenntnisses herbeigeführt habe, so kann der formelle Einwand des Beklagten, daß die Klägerin dieses novum in voriger Instanz mittelst schriftlichen Antrages oder Aufnahme in das Protokoll der öffentlichen Sitzung hätte geltend machen müssen, dahin gestellt bleiben. Denn jedenfalls stellt sich jene Begründung der Beschwerde als materiell verwerflich dar. Das Stadtgericht

hatte die von der Klägerin beantragte provisorische Verfügung getroffen; der Beklagte mußte deren Natur gemäß auf ihre sofortige Vollziehung gefaßt sein und er konnte dieß, wie er sich zu sagen hatte, auch durch Appellations-Einwendung nicht hindern. Bei solcher Sachlage kann ein freiwilliges Befolgen der richterlichen Verfügung in keiner Weise als Zustimmung zu dem Inhalt der letzteren und als ein Verzicht auf die Appellation dagegen aufgefaßt werden, und etwas anderes, als daß der Beklagte schon am Tage nach Erlaß der stadtgerichtlichen Entscheidung die Vollziehung der darin enthaltenen Auflage ruhig vor sich gehen ließ, ergeben die Acten nicht; namentlich bedarf die Folgerung, welche die Klägerin aus dem Umstand zu ziehen sucht, daß einige ihrer Sachen schon vor Ankunft des Secretärs gepackt waren und im Einverständniß beider Theile nicht mit specificirt wurden, keiner Widerlegung. Aber auch die über den Acten-Inhalt hinausgehende Behauptung der Klägerin, daß die rasche Vollziehung der stadtgerichtlichen Verfügung von dem Beklagten selbst beantragt sei, erscheint den Umständen nach irrelevant. Der Stadtgerichtssecretär hatte durch das Erkenntniß vom 22. Januar bereits den Auftrag erhalten, die der Klägerin zu überlassenden Gegenstände auszuscheiden und zu verzeichnen, die Vollführung dieses Auftrages hing nicht etwa von einem weiteren Anrufen einer der Partheien ab, sondern war von dem Secretär von Amtswegen zu besorgen, zu welchem Zwecke er auch die Zeit der Vornahme zu bestimmen hatte. Wenn nun der Beklagte ihn aufforderte, den Auftrag schon am nächsten Tage zu vollziehen, so kann darin nichts anders gefunden werden, als die Aeußerung des Wunsches, für die in nächster Zeit doch einmal bevorstehende Vollzugshandlung diesen bestimmten Tag als den ihm gelegensten ausgewählt zu sehen, eines Wunsches, der völlig unpräjudicirlich war, da, wenn der Vollzug selbst der Appellationsbefugniß des Beklagten nicht entgegenstand, auch die etwas frühere oder spätere Vornahme desselben ohne Einfluß darauf bleiben mußte. Hierauf stellt sich das Vorbringen der Klägerin schon nach ihrer eigenen Darstellung als verwerflich dar, und kommt daher auf die factische Richtigkeit der letzteren, im Vergleich zu der abweichenden Darstellung des Beklagten, nichts an.

Die Klägerin hat aber

II. auch keine Ursache, sich über die in voriger Instanz erfolgte Beurtheilung der Sache selbst zu beschweren, indem sich aus der Beweisaufnahme über ihren Antrag ein triftiger Grund zur provisorischen Trennung vom Beklagten durchaus nicht herausgestellt hat, wenn gleich nach den von den Zeuginnen D. und Z. bemerkten Umständen nicht daran zu zweifeln ist, daß die Klägerin die Verletzung am Oberarm, welche Dr. S. untersucht hat, bei Gelegenheit eines Zankes mit dem Beklagten erhielt, und es wenigstens als wahrscheinlich erscheint, daß der Beklagte der Urheber der Verletzung gewesen sei, über diesen Punkt daher nöthigenfalls ein richterlicher Eid auferlegt werden könnte, so fehlt es doch gänzlich an einer Aufklärung über den wahren Anlaß und Hergang der ehelichen Zwistigkeit, so daß sich weder entnehmen läßt, ob die Verletzung von dem Beklagten absichtlich zugefügt wurde, noch welche Verschuldung den einen und andern Theil bei der Sache traf, und ob namentlich dem Beklagten eine überwiegende Schuld beigemessen werden kann. Diese wesentliche Lücke läßt sich aus den Voracten um so weniger zum Nachtheil des Beklagten ergänzen, als die Verhandlung über den ersten, mit der Klage verbundenen Antrag auf provisorische Trennung ergeben hat, daß der etwas krankhafte und reizbare Zustand der Klägerin mehrfach der Anlaß von Verstimmung unter den Partheien gewesen ist. Dazu kommt aber überdieß, daß die fragliche Verletzung nach dem schriftlichen und mündlichen Zeugniß des Dr. S. nur eine höchst unbedeutende war, weder die Anwendung von Heilmitteln erfordert hatte, noch nachtheilige Folgen zurückließ. Unter diesen Umständen vermag der Vorfall, soweit er constatirt ist, in keiner Weise die Besorgniß zu rechtfertigen, daß die Klägerin im ferneren Zusammenleben mit dem Beklagten einer Gefahr für ihre Gesundheit ausgesetzt wäre, oder eine ungeziemende harte Behandlung zu erdulden haben würde, und daß sie, selbst mit Rücksicht auf ihren reizbaren Zustand, nicht im Stande sein sollte, bei ihrerseits bethätigtem ernsten Willen zur Versöhnlichkeit den ehelichen Frieden aufrecht zu erhalten.

Was die Klägerin sonst noch zur Unterstützung ihres Antrags hervorgehoben hat, ist offenbar unerheblich. Wenn die Zeugin D.

bestätigt, daß fast alle Tage Zank und Streit zwischen den B.'schen Eheleuten gewesen sei, so kann eine solche Uneinigkeit allein keinen Grund abgeben, eine provisorische Trennung zuzulassen, auch erklärt die Zeugin selbst, daß vor dem obigen Vorfalle eine Zeitlang Ruhe unter den Eheleuten gewesen sei. Der Vorwurf des Mangels an Wahrhaftigkeit, welchen die Klägerin dem Beklagten macht, ist hinsichtlich der Darstellung des obigen Vorfalles durch die Aussage der Zeugin D. nicht erwiesen, und hat nur insofern eine Bestätigung gefunden, als der Beklagte die Zeugin zu einer fingirten Angabe wegen Bestellung des Arztes zu veranlassen gesucht hat. Daß aber dieses Verhalten, zumal bei der wirklichen Entbehrlichkeit der ärztlichen Hülfe, den Antrag der Klägerin nicht rechtfertigen kann, bedarf keiner Ausführung. Gleichbedeutungslos ist es, daß beide Theile schon in reiferen Jahren stehen und keine Kinder mit einander haben, zumal da Kinder aus der ersten Ehe des Beklagten vorhanden sind.

Das angefochtene Erkenntniß mußte hiernach lediglich bestätigt werden. Auch die Anweisung zum Ersatz der halben Kosten der sententia a qua enthält als bloße Folge der Kosten-Compensation für die Klägerin keine Beschwerde. In die Kosten der gegenwärtigen Instanz war sie in Folge der Hauptentscheidung zu verurtheilen.

198.

Jonas Löwenstein, Kläger gegen **C. G. Gossi,** Beklagten, Herausgabe von Mobilien und Forderung betreffend.

Vorbemerkung.

Kläger hatte an den C. M. Gossi senior, Inhaber der Firma gleichen Namens, verschiedene Ansprüche:

1) für verkaufte Waaren ein angebliches Saldo-Guthaben von fl. 498. 33 kr.;
2) laut Vertrags vom 6. Oktober 1854 den Anspruch auf Rückgabe der dem Kläger darin von Gossi senior verkauften und von ersterem gleichzeitig dem Gossi vermietheten Geräthschaften im angeblichen Werthe von fl. 2683 und
3) die Forderung des hierin stipulirten Miethzinses von fl. 100 jährlich vom 8. Juli 1854 ab.

Im December 1856 machte C. M. Gossi junior durch Börsenanschlag das Aufhören seines bisherigen Geschäfts und C. G. Gossi, sein Neffe, in gleicher Weise die Etablirung einer eigenen Handlung für seine alleinige Rechnung bekannt. — Die neue Handlung wurde in dem Locale des Gossi senior betrieben und die darin befindlichen von dem Letzteren besessenen Gegenstände kamen in die Hände des Gossi junior.

Bald darauf gerieth Gossi senior in Concurs, die letzterwähnten Objecte wurden in das Masse-Inventar aufgenommen, von dem Kläger jedoch als sein Eigenthum gegen die Masse vindicirt, ebenso liquidirte Kläger seine weiteren obenbezeichneten Ansprüche.

Später erhob er Klage gegen Gossi junior auf Herausgabe der betreffenden, angeblich in dessen Händen befindlichen Gegenstände,

eventuell Ersatz ihres Werthes und auf Zahlung der Forderungs-Beträge unter dem Vorbringen, daß jene sein Eigenthum und in des Beklagten Händen seien, daß der Letztere in das Geschäft des Gossi senior eingetreten sei und solches auf eigene Rechnung übernommen habe, sowie daß Beklagter versprochen habe, ihn vollständig für seine Forderungen an Gossi senior zu befriedigen.

Die cumulirten Klaggründe stellte Beklagter in Abrede, indem er nur zugab, einen Theil der vindicirten Objecte — verzeichnet in [13] [14] pr. inst. — für seinen Onkel zu besitzen. —

Das nach Aushandlung der Sache von dem Standgericht am 14. September 1857 erlassene Urtheil wurde auf beiderseitige Appellation, unter Kostenvergleichung, vom Appellationsgericht durch Urtheil vom 14. December 1857, und letzteres wiederum durch Erkenntniß des Ober-Appellationsgerichts auf Berufung des Klägers theilweise abgeändert. Aus dem letzteren sind die Differenzpunkte zwischen den verschiedenen Instanzen, sowie das in Betracht kommende beiderseitige rechtliche und factische Vorbringen zu ersehen.

Urtheil des Ober-Appellationsgerichts

vom 28. Juni 1859.

Auf Appellation des Klägers.

Erkannt:

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache selbst das Erkenntniß des Appellationsgerichts der freien Stadt Frankfurt vom 14. December 1857, wie hiemit geschieht, in dem Abschnitt sub I. dahin abzuändern und zu bestätigen, daß

1) der Beklagte die in [13] und [14] der Stadtgerichts-Acten verzeichneten Mobilien unbedingt, die übrigen in der Klagbeilage 3 specificirten Mobilien aber, wenn und soweit der Kläger binnen einer vom Stadtgerichte vorzuberaumenden Frist erweisen wird:

daß der Beklagte dieselben besitze oder böslicher Weise zu besitzen aufgehört, auch Carl Martin Gossi bei Abschluß

des Vertrages vom 6. Oktober 1854 sich im Besitz derselben befunden habe,

an den Kläger herauszugeben, eventuell den vom Kläger nachzuweisenden Werth derselben bis zur Höhe des Werthanschlages in Klagbeilage 3 zu ersetzen schuldig sei,

2) der Kläger binnen gleicher Frist zu beweisen habe:

a) daß der Beklagte ihm vor dem 20. Oktober 1856 versprochen habe, ihn vollständig für seine Forderungen an Carl Martin Gossi zu befriedigen;

b) daß Kläger für Waaren den Restbetrag von fl. 498. 33 kr. zu fordern habe,

3) wenn Kläger den vorstehenden Beweis sub 2 a führen sollte, es der sub 1 dem Kläger auferlegten Beweise nicht bedürfe, der Beklagte vielmehr alsdann dem Kläger sämmtliche in Klagbeilage 3 verzeichnete Mobilien in brauchbarem Zustande auszuliefern, oder nach dem Werthanschlage in dieser Beilage Ersatz zu leisten schuldig sei.

4) Dem Beklagten wider die vorstehend sub 1 und 2 auferlegten Beweise der Gegenbeweis allenthalben vorzubehalten sei.

Die Kosten der gegenwärtigen Instanz werden compensirt und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Stadtgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe zum Urtheil des Ober-Appellationsgerichts.

I. Der Kläger fordert Herausgabe der in der Klagbeilage 3 verzeichneten Geräthschaften, welche er mittelst Vertrages vom 6. Oktober 1854 von Carl Martin Gossi, dem Onkel des Beklagten, für 2500 fl. gekauft und demselben wieder miethweise überlassen haben will und welche der Beklagte bei angeblicher Uebernahme des Geschäftes seines Onkels in Besitz und Gebrauch genommen haben soll. Eventuell verlangt der Kläger Ersatz des in gedachtem Vertrage specificirten Werthes der Geräthschaften.

Das Appellationsgericht hat zwar diesen Klaganspruch, abweichend vom Stadtgericht neben der gleichzeitigen Reclamation derselben

Mobilien aus der Concursmasse an Carl Gossi schon jetzt für zulässig erklärt — wobei sich der Beklagte beruhigt hat — hat aber dem Kläger einen dreifachen Beweis auferlegt, nämlich:

a) daß der Beklagte außer den (zugestandenermaßen in seine Hände gelangten) in [13] und [14] verzeichneten Gegenständen auch noch die übrigen in Klagbeilage 3 verzeichneten Gegenstände, oder welche derselben, besitze, oder böslicher Weise zu besitzen aufgehört habe;

b) daß Kläger Eigenthümer der sämmtlichen in Klagbeilage 3 verzeichneten Gegenstände oder welcher derselben sei,

c) daß diese Gegenstände oder welche derselben den in der Klagbeilage 3 aufgeführten Werth von zusammen fl. 2683. — oder wieviel weniger, haben.

Gegen diese drei Beweisauflagen ist die erste Beschwerde des Klägers in jetziger Instanz gerichtet, womit folgeweise eine sofortige Verurtheilung des Beklagten bezweckt wird.

Nach der Klagschrift ist der Anspruch auf Herausgabe der fraglichen Mobilien, eventuell ihres Werthes auf einen doppelten Klaggrund zurückzuführen. Einmal hat nämlich der Kläger mit Berufung auf seinen käuflichen Erwerb der Mobilien dieselben als sein Eigenthum angesprochen, und dem gegenüber würde der Beklagte, ohne alle Rücksicht auf sein Verhältniß zu Gossi senior, als Besitzer zur Herausgabe verpflichtet sein. Sodann hat der Kläger aber auch geltend gemacht, daß der Beklagte alle von Gossi senior gegen den Kläger contrahirte Verbindlichkeiten theils durch Eintritt in das Geschäft von Gossi senior, theils durch besonderes Versprechen an den Kläger übernommen habe, in diese Uebernahme würden auch alle Verpflichtungen aus dem über die Mobilien abgeschlossenen Miethvertrage vom 6. Oktober 1854 eingeschlossen sein — wie dies denn auch rücksichtlich der Zahlung des Miethgeldes in beiden vorigen Instanzen anerkannt ist und den Beklagten träfe danach die persönliche Pflicht, den Contract durch Zurückgabe der Mobilien oder ihres verabredeten Werthes zu erfüllen. Diesen zweiten Gesichtspunkt hat nun zwar der Kläger in der Appellationsausführung jetziger Instanz nicht besonders hervorgehoben, derselbe kann aber, da der Kläger allgemein von den obigen drei Beweisauf-

lagen befreit zu werden verlangt, doch nicht für ausgeschlossen angesehen werden, insofern er neben dem zu erweisenden Eintritt des Beklagten in die Verbindlichkeiten von Gossi senior — worauf unten zur zweiten Beschwerde zurückzukommen ist — ganz oder theilweise jene drei Beweisauflagen entbehrlich machen würde. Beide Klaggründe müssen daher neben einander geprüft werden.

A. Rücksichtlich der Eigenthumsklage ist daran zu erinnern, daß es sich gegenwärtig lediglich um die Begründung und den Beweis des Klaganspruchs selbst handelt und der Beklagte mit seinen etwaigen Einreden dagegen für ausgeschlossen gehalten werden muß, da er die Sententia a qua, in welcher ihm keine Einreden zum Beweis vorbehalten worden sind, seinerseits in Rechtskraft hat übergehen lassen.

Was nun

1) die erste Beweisauflage betrifft, so ist die Beschwerde dagegen offenbar unbegründet. Es kann dahin gestellt bleiben, ob der Beklagte dann, wenn er das gesammte Geschäfts-Inventar von Gossi senior oder doch das gesammte in Klagbeilage 3 verzeichnete Inventar durch irgend ein Rechtsgeschäft als Ganzes übernommen hätte, dadurch eine genügende Präsumtion gegen sich begründet haben würde, daß er sich zur Zeit der Anstellung der jetzigen Klage im Besitz aller einzelnen zu dem Inventar gehörigen Stücke befunden habe und ob ihm deßhalb nur der Gegenbeweis übrig bleibe, welche Gegenstände nicht in seinen Besitz übergegangen seien.

Jedenfalls hat der Beklagte nirgends zugestanden, daß er das Inventar als Ganzes von Gossi senior übernommen habe, hat vielmehr in der Vernehmlassung auf die Klage wiederholt ganz ausdrücklich geläugnet, mehr Mobilien, als die in [13] und [14] verzeichneten, im Locale von Gossi senior vorgefunden und bekommen zu haben, ja er hat sogar behauptet, daß diejenigen in der Specification der Klagbeilage 3 vorkommenden Gegenstände, welche in [13] und [14] nicht mit verzeichnet seien, bei Abschluß des Vertrages vom 6. Oktober 1854 sich nicht einmal im Besitz von Gossi senior selbst befunden und schon damals gar nicht mehr existirt hätten. Wenn der Kläger sich auf das Zugeständniß in der Vernehmlassung beruft, so ist dieß frivol, da der Beklagte hier nur zugesteht, daß

er diejenigen Inventarstücke, die im Locale von Gossi senior vorhanden gewesen (also nach den übrigen Stellen der Schrift eben die in [13] und [14] verzeichneten) bona fide in Benutzung genommen habe, und daß ein Verkauf des Inventars (d. h. der wirklich vorhandenen Inventarstücke) an den Beklagten beabsichtigt worden sei. Ebenso wenig ist abzusehen, wie der Umstand, daß der Beklagte geständiger Maaßen bei dem beabsichtigten Ankauf der Sachen von dem Inhalt des zwischen Gossi senior und dem Kläger abgeschlossenen Vertrages vom 6. Oktober 1854 Kenntniß erhielt, an der nunmehrigen Beweispflicht des Klägers etwas ändern könnte.

Auch die ohnehin nicht speciell zur Sprache gebrachte Fassung des Beweissatzes gereicht dem Kläger nicht zur Beschwerde, da der Ausdruck, daß der Beklagte „besitze," unverkennbar auf die Zeit der Klaganstellung bezogen werden muß.

Für die Zeit während des Prozesses verstände es sich von selbst, daß der Beklagte durch ein freiwilliges Aufgeben des Besitzes, auch wenn es kein doloses war, sich von der Klage nicht zu befreien vermochte, der in der Sent. a qua gemachte Zusatz „oder böslicher Weise zu besitzen aufgehört hat," konnte also nur auf die Zeit vor der Klage gehen.

2) Anlangend die zweite Beweisauflage, daß Kläger Eigenthümer der reclamirten Gegenstände sei, so mußte die dagegen gerichtete Beschwerde theilweise für begründet erachtet werden.

Da der Beklagte seinerseits keine Eigenthumsansprüche an dem reclamirten Mobiliar geltend gemacht hat, so genügt es, wenn der Kläger nur die Voraussetzungen der Publiciana actio für sich hat, und bleibt es unerheblich, ob Gossi senior früher der wahre Eigenthümer gewesen sei, was der Beklagte nur von einem Theil der Mobilien zugestanden hat.

Nun wird aber

a) das Fundament der Publiciana actio durch den Vertrag vom 6. Oktober 1854 vollständig hergestellt, soweit die Mobilien, auf die er sich bezieht, zur Zeit des Vertrags-Abschlusses wirklich im Besitz von Gossi senior waren, also in Beziehung auf die in [13] und [14] verzeichneten Mobilien, von denen dies der Beklagte in der Vernehmlassung auf die Klage ausdrücklich einge-

räumt hat. Denn der Vertrag begründete nicht nur in dem verabredeten Verkauf einen Erwerbstitel für den Kläger, sondern enthielt zugleich zu seinen Gunsten ein constitutum possessorium, so daß er mit dem Abschluß juristischer Besitzer wurde und in die conditio usucapiendi gelangte. Es kann daher nur darauf ankommen, ob der Abschluß des Vertrages bereits als feststehend anzusehen ist und dieß mußte nach den Erklärungen des Beklagten auf die Klage angenommen werden. In der Geschichtserzählung der Vernehmlassung bemerkt der Beklagte, er habe von Gossi senior die in dessen Local befindlichen Geräthschaften zu kaufen gewünscht, Gossi senior habe ihm aber mitgetheilt, daß er dieselben an den Kläger verkauft habe und auf Besprechung darüber habe der Kläger ihm unter Vorzeigung des Vertrages vom 6. Oktober 1854 bestätigt, daß er das Inventar von Gossi senior gekauft habe und dieser es nur leihweise von ihm besitze. Der Beklagte bemerkt ferner, der Vertrag sei, wenn auch nicht Dritten gegenüber, doch immerhin zwischen Gossi senior und dem Kläger selbst bindend gewesen, und der Beklagte habe also nur für den Fall eines Arrangements (mit den Gossi'schen Gläubigern) die fraglichen Geräthe von dem Kläger käuflich übernehmen können. Im weiteren Verlauf der Vernehmlassung hat der Beklagte nun zwar erklärt, er negire, daß Kläger die Geräthschaften rechtmäßig gekauft habe und daß er Eigenthümer derselben sei, hat weiter von „angeblich" dem Kläger gehörigen und „angeblich" an Gossi senior vermietheten Utensilien gesprochen und endlich nochmals erklärt:

> „es werde verabredet, daß Kläger wirklich und rechtmäßig von Gossi senior die in Klagbeilage 3 aufgeführten Geräthschaften gekauft habe und rechtmäßiger Eigenthümer derselben sei."

Allein schon im Vergleich mit den obigen Zugeständnissen ergibt, daß mit diesen negirenden Aeußerungen gar nicht die Thatsache des Vertragsabschlusses geleugnet, sondern nur die Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit des Vertrags bestritten werden sollte, und wäre das Erstere beabsichtigt gewesen, so hätte es nach den gesetzlichen Vorschriften über Einlassung deutlicher und bestimmter erklärt und von der Bestreitung der Rechtmäßigkeit des Vertrags geschieden werden müssen.

Jeder Zweifel beseitigt sich aber durch die (unmittelbar nach der letzten Stelle) weiter angeknüpften Erklärungen des Beklagten, in welchen die Thatsache des Vertragsabschlusses unumwunden eingeräumt und nur wiederholt behauptet wird, der Vertrag sei in fraudem creditorum abgeschlossen worden, sei eine widerrechtliche, die übrigen Creditoren benachtheiligende Ueberlassung des Inventars an einen einzelnen Gläubiger, den Kläger, gewesen. Es ist hiernach klar, daß das klägerische Eigenthum nur darum geleugnet wurde, weil der Vertrag nach Ansicht des Beklagten als ein die Rechte der Gossi'schen Gläubiger beeinträchtigender rechtlich unwirksam sein sollte.

Die Eigenschaft des Vertrages als eines in fraudem creditorum abgeschlossenen, konnte aber selbstverständlich den Eigenthumsübergang auf den Kläger nicht hindern, sondern nur eine auf Rescission des Erwerbstitels gerichtete Einrede des Beklagten begründen, eine Einrede, welche nach der oben hervorgehobenen formellen Sachlage nicht mehr in Betracht kommen kann und der es ohnehin an der erforderlichen Substantiirung fehlte.

Sonach stand nichts entgegen, den Beklagten zur Herausgabe der in [13] und [14] verzeichneten Mobilien schon jetzt zu verurtheilen.

b) Anders verhält es sich mit denjenigen reclamirten Mobilien, welche in [13] und [14] nicht mitverzeichnet sind. Da der Beklagte geläugnet hat, daß dieselben zur Zeit des Vertrages vom 6. Oktober 1854 sich im Besitze von Gossi senior befunden haben, ohne diesen Besitz aber das in dem Vertrage enthaltene constitutum possessorium für den Kläger nicht wirksam werden und ihm die Publiciana actio nicht verschaffen konnte, so ist zur Begründung der Klage noch der Beweis erforderlich, daß Gossi senior bei Abschluß des Vertrages die fraglichen Mobilien besessen habe. Zwar läßt sich nicht verkennen, daß der Vertrag vom 6. Oktober 1854, in welchem Gossi senior sich zum Besitze sämmtlicher in der beigefügten Specification aufgeführter Mobilien bekennt, in Verbindung mit dem nach der obigen Ausführung vom Kläger zu beweisenden Umstande, daß der Beklagte die hier fraglichen Mobilien bei Anstellung der Klage besessen habe, ein sehr erhebliches Moment für jenen Beweis

darbieten wird. Allein da der Beklagte, wenn er die Verbindlichkeiten von Gossi senior nicht übernommen haben sollte, auch durch den Inhalt des gedachten Vertrages nicht gebunden wird, so kann doch ein vollständiger, jeden Gegenbeweis ausschließender Beweis über den Besitz von Gossi senior zur Zeit des Vertrages noch nicht als erbracht angenommen werden, und war deßhalb darüber, unbeschadet der dem Kläger freistehenden Benutzung jener Umstände, auf Beweis und Gegenbeweis zu erkennen. Auch konnte der Kläger nicht etwa auf Grund der

l. 80. D. de rei vind. (6. 1)

von der Beweispflicht befreit werden, da die Anwendung der in dieser Stelle enthaltenen Vorschrift, wonach unter Aussetzung des Eigenthumsstreites nur der Besitz auf den Vindicanten übertragen wird, jedenfalls einen entsprechenden Antrag des Letzteren voraussetzt, ein solcher aber vom Kläger nicht gestellt worden ist.

3) Die dritte Beweisauflage bezieht sich auf den Werth der reclamirten Mobilien und kommt, wie bereits in den Entscheidungsgründen der Sent. a qua zu grav. I des Klägers hervorgehoben ist, nur für den Fall in Betracht, daß der Beklagte die Mobilien nicht selbst oder (im Vergleich der Zeit zur Klaganstellung) nicht in unverdorbenem Zustande herauszugeben im Stande sein sollte.

Der Kläger will von diesem Beweise befreit werden, indem er meint, die der Specification der Klagbeilage 3 beigefügte Werthangabe (von zusammen 2983 fl.) müsse ohne Weiteres zu Grunde gelegt werden, weil der Beklagte zugestehe, daß Gossi senior ihm den Verkauf und die Miethe des Inventars mitgetheilt, auch der Kläger ihm die Klagbeilage 3 vorgezeigt und Beklagter gegen deren Inhalt nichts einzuwenden gehabt habe und weil die gedachte Beilage eine notariell beglaubigte Urkunde sei. Dieses Verlangen ist jedoch für die Eigenthumsklage offenbar unbegründet. Denn die Mittheilungen, welche der Beklagte von Gossi senior und vom Kläger über den Vertrag in Klagbeilage 3 enthielt, konnten ihn nicht an den unter Dritten vereinbarten Werthanschlag binden, ein Zugeständniß, daß er gegen den Inhalt nichts einzuwenden gehabt habe, liegt nicht vor und würde unter diesen Umständen gleichfalls

unerheblich sein und die Beglaubigung der Urkunde constatirt nur ihre Aechtheit, ändert aber nichts an der Unverbindlichkeit des Inhalts für den Beklagten. Die Beweisauflage mußte daher, wenn auch in vereinfachter Fassung, beibehalten werden.

B. Sollte der Beklagte alle Verbindlichkeiten von Gossi senior übernommen haben, so würde er auch, wie dieser, für die vollständige Erfüllung des Miethvertrags vom 6. Oktober 1854 — dessen Abschluß nach dem Obigen durch das Geständniß des Beklagten feststeht — persönlich haften müssen. — Danach käme selbstverständlich weder auf das Eigenthum an den Mobilien, noch auf des Beklagten Besitz an denselben etwas an, vielmehr wäre der Beklagte nach Maaßgabe des Vertrages zur Zurücklieferung der Mobilien verbunden, sofern nur Gossi senior dieselben miethweise in Händen hatte.

Auch in der letzteren Beziehung bedarf es aber keines Beweises weiter, da der Vertrag vom 6. Oktober 1854 das Bekenntniß von Gossi senior enthält, sämmtliche in der beigefügten Specification aufgeführte Mobilien zu besitzen und von da an als Miether des Klägers in dessen Namen besitzen zu wollen, dieses Bekenntniß aber für den Beklagten, wenn er überhaupt in alle Verbindlichkeiten von Gossi senior eingetreten sein sollte, gleichfalls verpflichtend ist. Ebenso wenig liegt dem Kläger alsdann wegen des Ersatzes für fehlende, oder (seit dem Vertrag) unbrauchbar gewordene Stücke noch ein Beweis des Werthes ob, da der Beklagte den unter der Specification in Klagbeilage 3 befindlichen Werthanschlag, als einen vertragmäßig festgestellten, auch seinerseits anzuerkennen haben würde. Zwar ist, soviel die unbrauchbar gewordenen Mobilien betrifft, in dem Vertrag § 4 nur bestimmt, daß der Miether die durch sein Verschulden verdorbenen Stücke zu ersetzen habe. Es läßt sich jedoch nicht annehmen, daß hierdurch hinsichtlich der Folgen der culpa eine Abweichung von den allgemeinen Regeln der Beweislast beabsichtigt worden sei. Vielmehr wäre es immer Sache des restitutionspflichtigen Miethers gewesen, sich wegen verdorbener Stücke durch besondere Thatsachen zu exculpiren, solche Thatsachen aber sind von dem Beklagten nirgends angeführt worden.

Es mußte sonach für den Fall, daß der Kläger die Ueber-

nahme der Verbindlichkeiten von Gossi senior durch den Beklagten erweisen sollte, der Letztere so, wie im Decisum geschehen, ohne weiteren Beweis des Klägers zur Herausgabe der reclamirten Mobilien resp. zum Ersatz ihres Werthes schuldig erkannt werden.

II. Die zweite Beschwerde des Klägers ist eine Wiederholung seiner zweiten und dritten Beschwerde voriger Instanz. Davon ging

1) die erstere dahin, daß die Klage, soweit sie sich auf den Eintritt des Beklagten in das Geschäft von Gossi senior und dessen Uebernahme für eigene Rechnung stütze, verworfen worden sei, während auf diesen Klaggrund hin eine Verurtheilung hätte eintreten, eventuell sachgemäßer Beweis auferlegt werden müssen.

Diese Beschwerde mußte für unbegründet erachtet werden. Die Uebertragung eines Fabrik- oder Handelsgeschäfts von dem bisherigen Inhaber auf einen neuen Uebernehmer, auch wenn dabei der Uebergang aller passiva vereinbart worden ist, macht für sich allein den Uebernehmer noch keineswegs zum Schuldner der bisherigen Gläubiger des Geschäftes, vielmehr ist dazu eine entsprechende Bekanntmachung an die Gläubiger durch Börsen-Anschlag, Circulare ꝛc. erforderlich, wie in den vom Appellationsgerichte angeführten Präjudicaten des Ober-Appellationsgerichtes bestimmt anerkannt worden ist.*) Der Kläger hat aber nirgends zu behaupten vermocht, daß eine solche Bekanntmachung hier ergangen sei, vielmehr hat er eingeräumt, daß im Dezember 1856 durch zwei Börsenanschläge Gossi senior das Aufhören seines bisherigen Geschäftes und der Beklagte die Etablirung eines neuen für seine alleinige Rechnung und unter eigener Firma bekannt gemacht haben, so daß auch der Zweifel, welcher etwa bei unveränderter Fortführung der alten Firma von Seiten des neuen Uebernehmers möglich ist, vorliegend nicht aufgeworfen werden kann.

Wenn der Kläger sich darauf beruft, Gossi senior sei in dem Geschäft des Beklagten nach wie vor thätig gewesen, die alte Kundschaft sei wie früher bedient und es seien Schulden des früheren

---

*) Peters ca. Herrmann. S. 425.

**) Imp. Cont. Gas-Assoc. ca. Schiele und Knoblauch. S. 426.

Geschäfts unbedingt berichtigt worden, so leuchtet die Unerheblichkeit dieser Umstände von selbst ein, da auch die Berichtigung einzelner Schulden den Beklagten noch nicht zur Haftung für andere Schulden verpflichten konnte. Ebenso unerheblich ist die Berufung des Klägers auf einen dolus des Beklagten, welcher darin liegen soll, daß durch die erwähnten Börsenanschläge das wahre Sachverhältniß habe verdunkelt werden sollen. Denn angenommen, der Beklagte sei mit Gossi senior übereingekommen, dessen Geschäft mit allen passivis zu übernehmen, so war er damit in kein Rechtsverhältniß zu den Gläubigern getreten, machte sich ihnen gegenüber also keines dolus schuldig, wenn er statt der Uebernahme des Geschäftes mit den passivis, vielmehr die Etablirung eines neuen Geschäftes bekannt machte. Es kann deßhalb ganz dahin gestellt bleiben, ob die Behauptung eines dolus der angegebenen Art schon in der Klage und Replik gefunden werden könne, oder nicht.

2) Die dritte Beschwerde voriger Instanz, welche dahin ging, daß das replikarische Vorbringen, Gossi senior sei stiller Gesellschafter des Beklagten, verworfen und nicht vielmehr zum Beweis verstellt worden sei, ist gleichfalls unbegründet. Auch hier kann die formelle Frage, ob das Vorbringen in der Replik genügend substantiirt, auch nicht als unzulässige Klagänderung anzusehen sei, dahin gestellt bleiben. Denn das Vorbringen ist in der Sent. a qua mit Recht für unerheblich erklärt worden. War das Geschäft des Beklagten ein neues, stelbstständiges, so leuchtet dies ohne Weiteres ein, da die Zuziehung des Gossi senior als stillen Gesellschafters dem Beklagten nicht die Pflicht auferlegen kann, für die Schulden des aufgehobenen Gossi'schen Geschäfts zu haften. Auch wenn man aber das Vorbringen mit der Behauptung, daß der Beklagte das Geschäft von Gossi senior übernommen habe, in Verbindung setzt, wird das Ergebniß kein anderes. Denn der Beklagte würde dann keine andere Stellung haben, als ein zu einem bestehenden Handelsgeschäft neu hinzutretender Socius, ein solcher aber haftet für die vor seinem Eintritt contrahirten Schulden nur unter der Voraussetzung, daß die Associirung ohne Vorbehalt und ohne vorherige Liquidation, unter Beibehaltung der bisherigen Firma, ordnungsmäßig bekannt gemacht wird,

Frfrtr. S. Schwennike ca. Wurster. Juni 1846.*)
Wolff u. Sohn ca. Minoprio. Dezember 1852.**)

eine Voraussetzung, an der es nach dem Obigen hier fehlt.

III. Die gegenwärtige dritte Beschwerde des Klägers geht dahin, daß er die Existenz der Forderungen (an Gossi senior), für welche der Beklagte aufzukommen habe, erst noch erweisen solle, während sie durch Klagbeilage 2 und 3 bereits erwiesen seien.

Es handelt sich, außer dem sub I. geprüften Anspruch auf Rücklieferung vermietheter Mobilien, um zwei Forderungen, den Waarenschuldrest von fl. 498. 33 kr. aus dem Contocourantbüchelchen Klagbeilage 2 und die Miethgeldsforderung von jährlich fl. 100 seit dem 8. Juli 1854 aus dem Vertrag, Klagbeilage 3.

1) Hinsichtlich der ersten Forderung stellt sich die Beschwerde als unbegründet dar. Das Versprechen, wodurch der Beklagte dem Kläger gegenüber in die Verbindlichkeiten von Gossi senior eingetreten sein soll, ist objectiv ein ganz allgemeines und kann also den Beweis der einzelnen übernommenen Schuldverhältnisse nicht ersetzen. Die Klagbeilage 2 aber, das zwischen Kläger und Gossi senior geführte Contocourantbüchelchen, ist an sich für den Beklagten eine unter Dritten errichtete Urkunde. Der Umstand, daß der Beklagte die letzten Einträge geschrieben hat, ist zwar sowohl für die Recognitionsverbindlichkeit des Beklagten als auch für die Beweiskraft der Urkunde gegen ihn von unverkennbarer Erheblichkeit, involvirt aber doch noch kein Zugeständniß der Richtigkeit des ganzen vorausgehenden Inhaltes. Ebenso wenig konnte dieser Umstand, oder die bei der Bemühung des Beklagten um die Arrangirung des Schuldenwesens von Gossi senior erlangte Kenntniß von dessen Schuldverhältnissen den Beklagten verpflichten, sich auf den Inhalt des Contocourantes, sowie auf Thatsachen von eigener Wissenschaft, einzulassen.

Wenn es daher auch dem Kläger unbenommen sein muß, sich der Urkunde als Beweismittel mitzubedienen, so ist doch auf keinen

---

*) Siehe Seite 427.
**) Siehe Seite 429.

Fall schon ein voller Beweis der Forderung des Klägers damit geliefert.

2) Hinsichtlich der Miethgeldforderung war die Beschwerde dagegen als begründet anzuerkennen und Kläger mit einem weiteren Beweise zu verschonen, da diese Forderung durch den Vertrag vom 6. Oktober 1854 Klagbeilage 3 vollständig begründet wird und der Abschluß dieses Vertrages nach der obigen Ausführung unter I. A. 2. für eingeräumt erachtet werden muß.

Ungeachtet der ergehenden reformatoria kommen die Beschwerden des Beklagten in voriger Instanz als reviviscirend nicht in Betracht, da sie keine in der Sent. a qua nicht schon berücksichtigte Eventualität betreffen.

Hinsichtlich der Kosten erster und zweiter Instanz liegt keine Beschwerde vor. Die Kosten der gegenwärtigen Instanz waren wegen der abändernden Hauptentscheidung zu compensiren.

Auszug aus den Seite 422 und 424 angezogenen Entscheidungsgründen in Sachen:

1. Herrmann ca. Peters. 1841.

Die Einrede des unrechten Beklagten sollte darauf beruhen, daß der Beklagte, da er nicht Erbe oder sonstiger Universalsuccessor seines verstorbenen Bruders Otto W. Adelbert Peters geworden, auch die Verpflichtung desselben oder seiner Erben zu übernehmen nicht verbunden sei, und allerdings hat es hierbei seine Richtigkeit, daß auch die öffentliche Uebernahme des ganzen Lotteriegeschäfts des Verstorbenen mit allen Activis und Passivis als einer bloßen sogenannten Universitas facti den Beklagten zu keinem Universalsuccessor machen konnte, wie dies auch schon in den früheren Entscheidungsgründen des Ober-Appellationsgerichts zum Erkenntnisse vom 13. Juni 1835 bestimmt anerkannt worden ist. Demnach würde also nach Römischem Rechte die Einrede des unrechten Beklagten allerdings begründet sein.

L. 2. cod. de hered. vendita 4. 39.

Allein dieser Grundsatz des Römischen Rechts ist durch eine

jetzt allgemein recipirte Handelsgewohnheit in so weit modificirt worden, daß bei Uebertragung eines fremden Handelsgeschäfts im Ganzen und mit ausdrücklicher öffentlich erklärter Uebernahme aller dazu gehörigen Forderungen und Schulden wenigstens da, wo diese öffentliche Bekanntmachung für solche Fälle gesetzlich vorgeschrieben ist, nun auch eine rechtliche Verbindlichkeit des Uebernehmers entsteht, diese Handlung sämmtlichen Gläubigern gegenüber zu vertreten, wenn gleich man sich nicht gegen dieselben noch durch specielle mündliche oder briefliche Erklärung dazu verpflichtet hätte.

2. Imp. Cont. Gas-Assoc. ca. Schiele und Knoblauch. 1841.

Die Klägerin hat für die behauptete Mitverhaftung der Frankfurter Gasbereitungs-Gesellschaft — — geltend gemacht, daß die letztere das Fabrikgeschäft von Knoblauch und Schiele mit allen Activis und Passivis übernommen habe und daß in Folge hiervon nach jetzigem Handelsrechte den Gläubigern von Knoblauch und Schiele ein Klagrecht gegen dieselbe zustehe. Dieses Fundament ist aber vom Appellationsgerichte mit Recht für verwerflich erkannt. Denn auch nach jetzigem Handelsrechte kann dem bloßen Pactum zwischen dem bisherigen Inhaber und dem neuen Uebernehmer einer Handlung, daß Letzterer dieselbe mit allen Passivis übernehme, keineswegs die Wirkung beigelegt werden, daß nun den Gläubigern der Handlung ein Klagrecht gegen den neuen Erwerber zustände, sondern hierzu ist außerdem noch eine öffentliche Bekanntmachung erforderlich, wodurch der Letztere jenes Verhältniß gegen das Publikum und also auch gegen die sämmtlichen Handlungsgläubiger bestimmt und ausdrücklich erklärt.

Fr. S. Peters ca. Herrmann. 1841.

Daher kommt denn auf alles Dasjenige, was die Klägerin darüber angeführt hat, daß ein solches Pactum theils zwischen Knoblauch und Schiele und Engelhard und C., theils zwischen Letzteren und der Gasbereitungs-Gesellschaft wirklich geschlossen sei, daß dieß schon durch das bis jetzt zu den Acten Gebrachte wahrscheinlich gemacht werde, und daß die Klägerin hierüber fernere Beweise beibringen könne, gar nichts an, sondern das allein Entschei-

dende ist der Inhalt der ergangenen öffentlichen Bekanntmachungen, worin gerade der obligatorische Act den Gläubigern gegenüber besteht.

3. Schwennike ca. Wurster. 1846.

Die Beklagten haben die Verhaftung des Mitbeklagten Zimmermann für die eingeklagte Schuld bestreiten wollen, und es scheint fast, als ob dieß der einzige Einwand ist, womit sie es ernstlich gemeint haben; er ist aber ebenso frivol, wie die anderen. Denn da die Handlung L. A. Wurster u. Comp. dem Kläger die libellirte Forderung an Capital und Zinsen ganz unstreitig schuldig und Zimmermann Compagnon dieser Handlung ist, die Theilhaber einer Societätshandlung aber nach heutigem Handelsrechte und namentlich nach den Frankfurter Gesetzen für alle Schulden solcher Handlung in solidum haften: so kommt es nur auf die Gründe an, weßhalb der Mitbeklagte Zimmermann für die fragliche Schuld nicht verhaftet sein will. Zu dem Ende haben Beklagte

1) sich darauf gestützt, daß die Forderung des Klägers aus einem Darlehn herrühre, welches vor seinem Eintritt in die Handlung contrahirt worden sei. Dieß kann aber alsdann gar nicht in Betracht kommen, wenn Jemand mittelst ordnungsmäßigen Börsenanschlags ohne allen Vorbehalt und ohne Veranstaltung einer Liquidation mit den bisherigen Gläubigern in eine schon bestehende Handlung mit unveränderter Beibehaltung der bisherigen Firma eintritt. In solchem Falle ist Jedermann berechtigt anzunehmen, daß der neue Compagnon, sowie er an allen Activis der Handlung Theil hat, auch an den Passivis derselben Theil nehmen wolle und müsse. — Dieß muß unfehlbar auch auf den Beklagten Zimmermann angewendet werden, da sowohl in dem Börsenanschlage, als in dem Circulär, wodurch der Eintritt desselben in die Handlung L. A. Wurster u. Comp. bekannt gemacht wurde, ausdrücklich die Erklärung enthalten ist, daß Wurster mit Zimmermann diese Handlung „für gemeinschaftliche Rechnung und Verbindlichkeit unter der bisherigen Firma führen und fortsetzen werde."

Es ist aber auch die Forderung des Klägers nicht bloß als

eine vor dem Eintritt des Mitbeklagten Zimmermann contrahirte Schuld der Handlung L. A. Wurster u. Comp. anzusehen, sondern sie ist wirklich zu der Zeit, nämlich durch den unter der Firma derselben geschriebenen Brief vom 31. Mai 1843 auf's Neue contrahirt worden, wie sich sowohl aus dem Zusatze: „und gegen 2 bis 3 monatliche Kündigung," als auch aus den Schlußworten ergibt: „Alle früheren auf dieses Capital Bezug habenden schriftlichen Documente erklären wir hiermit als erloschen." Dieser Brief ist jedenfalls als eine Bestätigung der alten Schuld unter der Societätsfirma anzusehen und enthält mithin für Wurster ein constitutum debiti proprii, und für den nunmehrigen Compagnon Zimmermann, wenn anzunehmen wäre, daß er die frühere Schuld nicht schon durch seinen Eintritt mit übernommen hätte, ein constitutum debiti alieni; folglich muß in ihrem beiderseitigen Verhältniß zum Kläger dasselbe eintreten, als wenn die Schuld erst jetzt contrahirt worden wäre. Nun will zwar der Mitbeklagte Zimmermann auch für den Inhalt jenes von Wurster geschriebenen Briefes nicht mitverhaftet sein, weil derselbe ohne sein Wissen und Willen geschrieben sei, und auch die Schuld in den Büchern der Societät überall nicht vorkomme; allein dieß widerstreitet offenbar dem allgemein anerkannten Grundsatze des neueren Handelsrechts, daß die Verbindlichkeit, welche ein zum Gebrauch der Firma berechtigter Socius unter der Firma der Societät contrahirt, jedem der anderen Theilhaber der Handlung ebenso gewiß gegen den Mitcontrahenten in vollem Umfange obliegt, als wenn er sie selbst übernommen hätte, und es ist dabei ganz gleichgültig, ob die anderen Theilhaber der Handlung darum gewußt haben oder nicht, ob die Verbindlichkeit in die Bücher eingetragen worden oder nicht, und ob die Gegenleistung der Handlung zu Gute gekommen ist oder nicht.

Zwar könnte es auf den ersten Blick scheinen, daß die

Ref. II. 23, 9,

indem sie Verwilligung oder Vorwissen der anderen Socii erfordert, um sie für Dasjenige verpflichtet zu achten, was einer von ihnen im Namen der Gesellschaft verhandelt, dem Mitbeklagten Zimmermann zu Gute kommen müsse, da die Beklagten in Abrede stellen, daß Zimmermann von dem gedachten Briefe zur Zeit der Ab-

fassung desselben etwas gewußt, und ganz besonders, daß er den Inhalt desselben genehmigt habe.

Allein es leidet nicht den geringsten Zweifel, daß der obige Grundsatz des gemeinen deutschen Handelsrechts auch zu Frankfurt längst in die Praxis und Gesetzgebung übergegangen ist, wie sich schon aus dem Parere der dortigen Kaufmannschaft vom Jahre 1731

Orth, Anmerk. 1. Forts. S. 525 ff.

und aus Art. 7 der Wechselordnung von 1739 ersehen läßt.

Wenn aber auch die gedachte Vorschrift der Reformation noch unverändert bestände und anzuwenden wäre, so würde dennoch jetzt jeder Socius auch nach der Reformation für Dasjenige, was ein anderer, zur Unterzeichnung der Firma berechtigter Theilhaber der Societätshandlung während ihrer Dauer unter solcher Firma verhandelt und schließt, solidarisch haften müssen, wenn es gleich ohne sein Wissen und seine Einwilligung geschehen sein sollte. Denn in der angeführten Stelle der Reformation ist ferner verordnet, daß Alles, was durch einen bekannten Factor der Gesellschaft verhandelt werde, die ganze Gesellschaft obligiren und verpflichten solle, und daß deßhalb gegen jeden aus derselben in solidum auf Bezahlung angetragen werden könne, ohne daß in diesem Falle erfordert wird, daß die einzelnen socii von den Handlungen des Factors Wissenschaft haben. Nun ist aber gerade das die Wirkung der jetzt theils gesetzlich vorgeschriebenen, theils durch allgemeinen Gebrauch eingeführten öffentlichen Bekanntmachungen bei der Errichtung von Societätshandlungen durch Börsenanschlag und Circuläre, daß mittelst der damit verbundenen Benennung derjenigen, welche zum Gebrauch der Firma berechtigt sein sollen, jeder einzelne so bevollmächtigte Theilhaber als von dem oder von den andern zum Factor der Gesellschaft bestellt angesehen wird.

Consilia fratrum Becmannorum T. 1. cons. 8. Nr. 8.

4. Wolff ca. Minoprio. 1852.

Die Zuständigkeit des Stadtgerichts zu Frankfurt mußte als vorhanden anerkannt werden, da die von der Ref. I. 11. § 1 für den Gerichtsstand aus Verträgen aufgestellten Erfordernisse hier

zutreffen. Denn das Erforderniß, daß „derselbige (d. h. der fremde Schuldner) persönlich in Frankfurt betreten würde," ist im vorliegenden Falle nicht minder vorhanden, — zwar nicht um deßwillen, weil Alexander Wolff derzeit Theilhaber der Firma Nathan Wolff u. Sohn in Berlin ist; denn wenn er als solcher nicht verpflichtet wäre, für die vor seinem Eintritt in die Handlung von dieser contrahirten Schulden zu haften, so würde er bei Empfangnahme der gegenwärtigen Klagschrift nur als Bevollmächtigter der verpflichteten Theilnehmer der Handlung angesehen werden können: die Anwesenheit eines Bevollmächtigten zur Begründung des Gerichtsstandes aus dem Vertrage wider einen Schuldner ist aber zu dem Ende nicht ausreichend, sondern die Anwesenheit des Schuldners selbst nothwendig nach gemeinem Rechte

c. 1. § 3. de foro comp. in VI^to.

wie nach der Reformation; — sondern deßhalb, weil er, wenngleich erst am 2. Februar 1847 in die Handlung eingetreten, da der Eintritt an der Börse zu Berlin ohne Vorbehalt verlautbart ist, auch für die vor seinem Eintritt von der Handlung contrahirten Schulden aufzukommen hat: ein Rechtssatz des heutigen Handelsrechts, welcher von dem Ober-Appellationsgericht schon früher als entscheidende Norm aufgestellt worden ist und über welchen die in dem vorliegenden Falle zur Anwendung kommenden Bestimmungen des preußischen Rechts die von dem Beklagten besonders in gegenwärtiger Instanz in Bezug genommen werden, keine Entscheidung enthalten.

Delbrück, Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Rechte. Berlin 1853. S. 95—97.

Sachregister.

A.

Ächtheitsbeweis, s. Diffessionseid.
Actien, s. Prioritäten, Eisenbahnconcession, Kauf.
Actio ad exhibendum, s. Edition von Urkunden.
Actio de in rem verso, Voraussetzungen. 275; Unerheblichkeit des Umstandes, daß der Geschäftsführer des Beklagten diese seine Eigenschaft bei Abschluß des Contrakts nicht mitgetheilt hat. 279; platzgreiflich bezüglich der Bereicherung bei impensae utiles. 280; Ausmessung dieser Bereicherung. 280; Cumulatives Klagrecht gegen den Geschäftsführer und den Dominus negotii. 281.
Actio doli, s. dolus.
Actio emti, wegen dolus, s. dolus.
Actio negatoria, steht dem Grundeigenthümer zu gegen die Immission schädlicher Stoffe (Leuchtgas in die Brunnen) durch bleibende, außergewöhnliche Benutzung des Nachbargrundstücks (als Gasfabrik). 221; Unerheblichkeit der Einrede, daß der Kläger erst nach Errichtung der schädlichen Anlage Nachbar geworden (221), sowie daß die Immission nicht Folge fehlerhafter Anlagen ist. 222.
Actio Pauliana, Voraussetzungen. 175 flg.; außerhalb des Concurses zulässig. 175; Behauptung nicht erfolgter Befriedigung nicht erforderlich. 175; Betrügerische Absicht des Bevollmächtigten schadet dem Erwerber nicht. 180; Voraussetzungen bei onerosem und lucrativem Erwerb. 177.
s. auch Arrest.
Actio Publiciana, s. Eigenthumsklage.
Actio redhibitoria, nur zuläßig wegen physischer, nicht wegen juristischer Fehler der verkauften Sache. 101.
Ädilit. Klagen, mittelst derselben (wegen des Promissum der Servitutenfreiheit) kann auch Ersatz der Impensen und der damna einschließlich entgangenen Gewinns verfolgt werden. 355. 358. —
Affidavits, s. Urkunden-Beweis.
Alimente, rechtl. Natur der Alimentationspflicht des unehel. Vaters; Subject des Alimentationsanspruchs. 31.
Bestimmung der Alimente und der Satisfactionsgebühr zunächst nach

Stand und Lebensverhältnissen der Mutter. 182; Erhöhung im Falle eines Eheversprechens und bei Wohlhabenheit des Vaters (auch nachträglich). 182. 184; Niedrigster Satz = fl. 26 resp. (nach dem 7. Jahre) fl. 39 jährl. 183.
f. auch Gerichtsstand des Delicts.

Amt, richterliches, bei nothdürftigem Erbieten zum Diffessionseid. 17; hinsichtlich der Berichtigung von Rechnungsfehlern. 191; Reducirung des Klaganspruchs auf Grund eines vom Kläger producirten Documents, auch ohne Antrag des Beklagten. 130; Replicarische Vorbringen auch zu Ungunsten des Klägers ex officio zu berücksichtigen. 365.

Anerkennung, nicht in dem Stillschweigen auf mitgetheilte Schuldberechnung enthalten. 82; A. der stattgehabten Beseitigung eines Forderungsrechts. 123.

Anpreisungen, Fälle unverbindlicher Anpreisungen. 100. 269.

Anwalt, Strafe gegen denselben wegen Mißbrauch des Rechtsmittels der Appellation. 139. f. auch Restitution.

Appellation, Unbestimmte Interposition des Rechtsmittels. 387; Revisciren der Beschwerden früherer Instanz. 425; dem Appellanten präjudicirt bei versagtem Suspensiveffect die Befolgung des angefochtenen Urtheils nicht. 408; Appellation gegen die ohne contradictorische Verhandlung erkannte Arrestaufhebung gilt als Judicial-Appellation. 341.

Extrajudicial-Appellation; Unterlassung der Beschwerdeaufstellung bei der Interposition unschädlich bei Unzweifelhaftigkeit des Gegenstandes. 21. 284. cf. restitution.

Appell. Urtheil, Nichtigkeit desselben f. Nichtigkeit, recusation.

Approbation, stillschweigende, gelieferter Inhaberpapiere. 96. 97.

Arrest, zur Begründung des Gerichtsstandes; dem gegen die Arrestanlage auf Grund einer ihr vorhergegangenen Uebertragung des Arrestobjects Intervenirenden kann von dem Arrestimpetranten die exceptio pauliana bezüglich jener Uebertragung wirksam opponirt werden. 175; zur Beseitigung dieser exceptio kann der Intervenient den Rechtsbestand der eingeklagten Hauptforderung anfechten, jedoch nur gelegentlich der betreffenden Verhandlung im Hauptprozesse. 177; Wirkungslosigkeit des Arrestes hinsichtlich des Arrestobjects und der zur Abwendung des Personalarrestes bestellten Caution, nach ausgebrochenem Concurse. 345 flg.; Subsidiär Natur des Personalarrestes. 349.

Auslagen, f. Selbsthülfe.

Ausländisches Recht, f. Statuten-Collision.

Auslegung, angeblich bedeutungsloser oder überflüssiger Ausdrücke bei abgeschlossenen Rechtsgeschäften. 77; mehrdeutiger Ausdrücke in einer kaufmännischen Correspondenz. 201.

A. der Gesetze aus den Verhandlungen, insbesondere des gesetzgebenden Körpers. 145; der erwiesene Wille des Gesetzgebers geht dem unvollkommenen Ausdrucke vor. 145.
cf. Beweisinterlocut.

B.

Bankier, Haftung desselben aus seinem zur Subscription auf Inhaberpapiere auffordernden Programm gegenüber Subscribenten. 97.
cf. Kauf.

Baugesetze, die Beschränkung des Höhenmaaßes bei Neubauten durch Ges. vom 19. Mai 1853 auch auf öffentliche Gebäude anwendbar. 247; formelle Erfordernisse der Dispensation bei öffentlichen Bauten. 251; Gewohnheitsrechtliche Beseitigung jener Beschränkung für Kirchen und Thürme? 248; cf. Verjährung, Dispensation.

Bedingung, Beweislast. 373.

Bereicherung, s. actio de in rem vero.

Beweis, durch Urkunden, s. Urkundenbeweis.
durch Zeugen, s. Zeugen.
durch sachverständige Zeugen. 48. 53.
durch Sachverständige über die Rechtzeitigkeit der Reclamation wegen contraktwidrig gelieferter Waaren. 41.

Beweisantretung, nur bei vorauszusehender Erfolglosigkeit zu verwerfen. 41.
bei künstlichem Beweise durch Eid. 378. cf. Eid.

Beweis-Interlocut, Auslegung des Ausdrucks „alsbaldige Reclamation" in der Beweisauflage (im Sinne des modicum tempus). 44.
die Beweisauflage „daß Beklagter besitze" ist auf die Zeit der Klagenstellung zu beziehen. 417.
cf. Beweismittel.

Beweislast, bezüglich der Unbedingtheit eines Geschäfts. 373; bezüglich der Activlegitimation bei veränderter Inhaberschaft einer Sach-Firma, s. Firma; bei qualificirtem Geständniß. 207.

Beweismittel, Benutzung der in den Acten enthaltenen Beweismittel, auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt im Beweisinterlocut zulässig. 83.

Bundestag, Exterritorialität der Bundes-Gesandten, gesandtschaftlichen Personen und ihrer Angehörigen. 287. 288; Verschiedenheit der Stellung der Kanzlei- und Kassenbeamten. 287.

C.

Caution, Kostencaution, selbstständige im Incidentverfahren nicht aufzuerlegen. 12; juratorische 12; nach Erledigung des Verfahrens nicht zu erkennen. 12; des Curators, s. Curator.

Cession, perfect auch ohne Benachrichtigung des Schuldners. 173; C. einer Erbschaft, cf. Erbschaft.

Chirurgen-Innung, ist legitimirt, auch Eingriffe in die Befugnisse der noch vorhandenen Chirurgen I. Classe zu verfolgen. 151; s. Medicinalordnung.

Commissions-Verkauf, s. Kauf.

Consignations-Verkauf, s. Conto-à-meta Geschäft, Verkauf.

Constitutum possessorium, enthalten im Verkauf von Mobilien unter gleichzeitiger Ermiethung derselben. 418.

Conto-à-meta-Geschäft („Conto-à-meta-Verkaufs-Consignation") Begriff. 125; dem die Waaren stellenden socius ist der Werth zur Hälfte von dem anderen Genossen zu vergüten. 125; das vereinbarte Verkaufslimitum darf nur mit Einwilligung des andern socius überschritten werden, oder wenn solches durch beiderseitiges Interesse geboten ist. 128. 129; desfallsige Beweispflicht des geschäftsführenden socius. 129; Verkaufsbefugniß des Letzteren zur Deckung gemachter Auslagen bei mora des anderen Theils. 129.

Contradictor, Recognitionspflicht in Betreff von Unterschriften des Cridars. 18.

Contumacia, nothdürftiges Erbieten zum Diffessionseide. 17.

Conventionalstrafe, cessirt bei Ungültigkeit der durch sie geschätzten Stipulation. 402; nicht aber wegen fehlenden Interesses an Erfüllung der Letzteren. 404.

Correspondenz, s. kaufmännische Correspondenz.

Curator, absentis oder hered. jacentis am forum domicilii kann nicht für einzelne Vermögenstheile, sondern nur für das gesammte Vermögen erbeten werden. 291; bei Mangel inländischen Vermögens kann der Implorant zu Kostencaution angehalten werden. 293.

Recognitionspflicht des C. in Betreff von Unterschriften des Curanden. 16.

Der Curator prodigi ist zu Statusprocessen seines Curanden nicht legitimirt. 185. 187.

D.

Denunciation, der Cession an den Schuldner zu deren Perfection nicht nöthig. 173.

Dienstvertrag, das Versprechen des Commis (unter Conventionalstrafe) nach seinem Austritt in kein ähnliches Geschäft zu treten, verstößt weder nach gemeinem, noch nach preußischem Rechte gegen die guten Sitten oder das öffentliche Recht. 400; cf. Conventionalstrafe, Väterliche Gewalt.

Dies, Auslegung eines verabredeten Termins, ob Anfangs- oder Endtermin. 389.

Diffessionseid, Befugniß des Producenten nach mißlungenem Aechtheitsbeweis auf den Diffessionseid zurückzukommen. 18.

cf. Urkundenbeweis.

Dispensation von einer, Privatrechte dritter begründenden gesetzlichen Vorschrift muß ausdrücklich ertheilt und den Betheiligten eröffnet werden. 251.

Dispositionsstellung, nach Anbruch der Waare. 69.
Dolus, actio doli nach zwei Jahren nur auf die Bereicherung. 101; subsidiäre Natur. 101.
actio emti wegen dolus (wissentliche Verschweigung wesentlicher Momente) 101; cf. Kauf.
Domicil, für einen bleibend, wenn auch auf Wohlverhalten angestellten Beamten am Amtsorte begründet. 285; dauert fort troß Entfernung bis zu positiver, auf das Aufgeben des Domicils gerichteter Willensbestimmung. 286. 292; Einfluß der Exterritorialität, sowie des Aufhörens derselben auf die Bestimmung des Domicils. 287.
cf. Gerichtsstand, Ehescheidungsklage.

E.

Edition, von Urkunden, Verpflichtung des Klägers dem Beklagten gegenüber. 83; Berechtigung des Edit.-Pflichtigen, durch entsprechende Vorkehrung die Einsicht der auf den streitigen Punkt nicht bezüglichen Theile der Urkunden zu verhindern. 84. 334; Incidentantrag auf Edition von Briefen in jedem Stadium des Processes zulässig. 235; Zur Begründung des Editionsantrags wegen gemeinschaftlicher Urkunden bedarf es nicht des Nachweises eines speciellen rechtlichen Interesses. 329. 330. 333. Eine vorhandene Vermuthung für den beklagtischen Besitz der Urkunden macht die Bescheinigung dieses Besitzes überflüssig. 330. 333; Rechtliches Interesse als alleiniger Klaggrund nur in besonderen Fällen ausreichend. 332; der Erbe hat die actio ad exhib. nicht als ein ererbtes, sondern als selbstständiges Klagrecht aus seiner Person; dem entsprechende Berechnung der Klagverjährung. 327; Wechselseitige Correspondenz als gemeinschaftliche Urkunden. 236; Verträge über Auflösung einer Societät sind gemeinschaftliche Urkunden (Unterschied bei Ausfertigung in einem oder in mehreren Exemplaren). 328; Handelsbücher sind nur ausnahmsweise als gemeinschaftliche Urkunden zu betrachten (Einfluß fortgesetzten Geschäftsverkehrs und regelmäßiger Mittheilung von Buchauszügen). 331. 332. 336; Quittungen, gemeinschaftlicher Urkunden. 332. 335.
Ehescheidung, Strafe des schuldigen Theils (Ref. V., 6 § 2 u. 3) nicht auf die dort aufgeführten Fälle zu beschränken. 155; Verbot anderweiter Ehe ist gegen den schuldig erklärten Theil bei Mitschuld des Klägers nicht zu verhängen. 155; Unbegründeter Vorwurf des Ehebruchs im Ehescheidungsproceß, als neuer Scheidungsgrund geltend gemacht. 194.
Ehescheidungsklagen gehören vor das forum domicilii (ohne Rücksicht auf Staatsangehörigkeit). 285; cf. Domicil.
Bestimmung des Domicils des Ehemanns bei böslicher Verlassung. 286; cf. Statutencollision.
Ehescheidungsproceß; im Beweisinterlocut kann die definitive Entschei-

dung über die Wirkung der zum Beweise verstellten Thatsachen vorbehalten werden. 194.

Provisorische Trennung zu verfügen bei Besorgniß einer Gefahr für die Gesundheit oder einer harten Behandlung des Antragstellers. 410.

Eheversprechen, dessen Einfluß auf Höhe der Alimente. cf. Satisfaction. 183.

Eid, Formulirung des angebotenen Eides durch den Richter. 17; Erkennung auf den Schiedseid statt auf den Reinigungseid. 37; der Schiedseid über die einzelnen Theile eines künstlichen Beweises ist, falls bei der Beweisantretung zugeschoben, im Allgemeinen zulässig, jedoch nicht, wenn die Erledigung eben sowohl durch den einfachen Eid des Delaten über das Beweisthema möglich ist. 378.

cf. Diffessionseid.

Eigenthum, an Liegenschaften in den hiesigen Landgemeinden; dessen Beweis durch die 1809 angelegten Lagerbücher. 59; Vermuthung für die Legalität der amtlichen Procedur bei deren Anfertigung. 60; Gegenbeweis ausgeschlossen, wenn die Grenzsteine 10 Jahre gestanden. 60; Beweiskraft der Grenzsteine und der Lagerbücher nach 10jährigem Bestehen. 62; Beginn des Laufs dieser Frist. 62; cf. actio negatoria.

Eigenthumsklage, gegen den beklagten Nichteigenthümer genügen die Voraussetzungen der actio Publiciana. 417; bei fälschlicher Ableugnung des Besitzes v. S. des Beklagten ist der Kläger von dem Beweise des Eigenthums (fr. 80 de rei vind.) nur im Falle speciellen desfallsigen Antrags zu entbinden. 420.

Einrede, unrichtige Benennung derselben nicht maaßgebend. 68.

E. des mangelnden Interesses, cf. Conventionalstrafe.

Siehe auch: exceptio.

Eisenbahnactien, cf. Kauf.

Eisenbahnconcession, ist die Vorschrift einer Vollendungsfrist als Resolutiv-Bedingung der Concession zu präsumiren. 102.

Englisches-Wechselrecht, Regreß gegen die Vormänner nur bei foreign bills durch Protestlevirung bedingt. 115; Protest gegenüber dem Acceptanten lediglich bei qualificirter Zahlbarmachung erforderlich. 115. 116; Begriff der Letzteren. 116; Verzugszinsen auch ohne Protest und Mahnung vom Verfalltag an von dem Acceptanten zu vergüten. 118.

Erbantretung, nöthig auch bei hier wohnenden Leibeserben, trotz der Befreiung von der Immission. 34.

Erbeinsetzung, cf. Testament.

Erbschaft, Unzulässigkeit der Uebertragung des Rechts und der Delation, sowie des erworbenen Erbrechts (der Erbenqualität). 172; Verkauf der erworbenen Erbschaft wirkt als Uebertragung der darin begriffenen einzelnen Rechte, bez. des nach Realisirung sich ergebenden Provenus. 172. 173; der Verkauf einer

in Händen von Testamentsexecutoren befindlichen Erbschaft ist als Cession der Forderung an Letztere anzusehen. 174.

Erbschafts-Erwerb und Cession nach dem Rechte des Forums der eröffneten Erbschaft. 174. 178.

Erläuterung, eines Einredevorbringens in der Beweisantretung. 43.

Eviction, die Zusage der Servitutenfreiheit auch in dem Versprechen einer mit der betreffenden Servitut unvereinbaren Beschaffenheit des Grundstücks enthalten. 355; die Evictionsklage hat das gesammte Interesse des Käufers zum Gegenstande (355), kann jedoch vor rechtskräftiger Entscheidung der Evictionsfrage gegenüber dem Evincenten regelmäßig nicht hierauf, sondern nur auf processualische Vertretung gerichtet werden. (s. auch: Aedilit. Klage). 355.

Exceptio Pauliana, s. actio Pauliana.

propria culpa, s. Interesse.

quarti minoris, s. Kauf.

rei judicatae, Voraussetzungen. 136.

Execution, ausländische Urtheile s. Urtheile.

Experten-Beweis, s. Beweis.

Exterritorialität, deren Bedeutung und Einfluß auf Bestimmung des Domicils. 287. flg.

Extrajudicial-Appellation, s. Appellation.

F.

Firma, der Uebernehmer einer Fabrik oder Handlung (unter neuer Firma) wird nicht durch die Stipulation des Uebergangs allen Passiven, auch nicht durch Berichtigung einzelner Schulden, sondern erst durch entsprechende Bekanntmachung (Börsenanschlag ꝛc.) den bisherigen Gläubigern verhaftet. 422. 425. 426. 317; Zweifelhaftigkeit der Frage bei unveränderter Fortführung der alten Firma. 422; Unpräjudicirlichkeit solcher Fortführung bei Firmen, deren Namen von dem Gegenstande oder Ort entnommen ist. (Sach-Firmen) 317; der Uebernehmer solcher Sachfirmen ist als solcher zur Geltendmachung der früheren Forderungen nicht berechtigt. 316. 317; s. auch: Gesellschaftsvertrag, Uebernahme fremder Verbindlichkeiten.

Forum, s. Gerichtsstand.

G.

Gerichtsstand, des Delicts, nicht durch Anwesenheit oder Güterbesitz bedingt. 23. 33; platzgreiflich bei Klagen auf Satisfaction und Kindbettkosten. 33. 34; dagegen nicht bei Alimentenklagen unehl. Kinder. 31;

allgemeiner, auswärts wohnender hies. Bürger und Bürgersöhne an ihrem Domicil. 30.

prorogirter, der Richter zur Annahme der Prorogation nicht verpflichtet. 28.

des Contracts, erforderliche Anwesenheit oder Güterbesitz. 33.
des Domicils, s. Domicils.
vergleiche auch: Ehescheidungsklagen, Curator, Statuten-Collision.

Geschäftsführer, der Beweis einer gemachten Auslage kann unter Umständen auch durch den Besitz einer auf den Geschäftsherrn lautenden Quittung erbracht werden. 303.

Gesellschaftsvertrag, Voraussetzungen des Haftung des neu eintretenden Socius für die früheren Handlungsschulden. 423. 427. 429; Haftung des Socius auch für die ohne sein Vorwissen von dem andern Theilhaber eingegangenen Verpflichtungen (gewohnheitsrechtliche Beseitigung der Ref. II, 23 § 9). 428.
cf. conto-a-meta-Geschäft.

Geständniß, gerichtliches, hebt das Recht des Klägers auf ein Urtheil nicht auf. 56;
Angabe des andern Sachverhalts bei Mangel der eigenen Wissenschaft nicht erforderlich. 83. 84. 134;
fingirtes G. kann nicht in dem Schweigen bei Auslassungen in höherer Instanz über den Inhalt des letzten gegnerischen Schriftsatzes vorderer Instanz (welcher nicht zur Gegenerklärung mitgetheilt worden) gefunden werden. 366;
qualificirtes G., der Kläger hat solchem gegenüber seinen positiven Klaggrund, nicht aber die Negative des behaupteten andern Sachverhalts zu beweisen. 207; die Behauptung des Beklagten, daß das eingeklagte Geschäft durch den Vorbehalt der Genehmigung bedingt gewesen sei, ist qualificirtes Leugnen. 204. 207.

Gewohnheitsrecht, cf. Baugesetz.

Grenzsteine, cf. Eigenthum.

H.

Handelsgeschäfte, s. Gesellschaftsvertrag, Uebernahme fremder Verbindlichkeiten, Firma.

Hereditatis petitio, der Incidentantrag des Klägers auf Inventar-Errichtung als provisorische Maaßnahme, ist unter besonderen Voraussetzungen statthaft (hohes Alter des muthmaßlich allein über den Nachlaß unterrichteten Mitbeklagten). 236.

J.

Interdictum, quod vi aut clam; Definirung des zur Prohibition resp. zu dem interd. q. v. a. c. legitimirenden Interesses. 261; der Miether ist dazu legitimirt bezüglich seines Miethlocals (261, 262), auch gegen den Vermiether (qui in suo quid facit). 263; der Kläger hat nicht die effective

Schädlichkeit, sondern der Beklagte die Unschädlichkeit des opus nachzuweisen. 261. 262; Momente, welche trotz unterbliebener Denunciation die Clandestinität ausschließen. 264. 265; Opus vi factum bedingt durch ausdrückliches Verbot. (prohibitio). 265.

Interesse, die exceptio propriae culpae bezüglich eines eingetretenen Schadens ist ausgeschlossen, falls der regreßpflichtige Theil zur Vornahme der betreffenden Handlung seine Zustimmung ertheilt hat. 356; die Beschränkung auf das alterum tantum (welche nur bei lucrum cessans Platz greift. 359) cessirt bei dolus oder culpa lata des Schuldners. 359.

Inventar, cf. hereditatis petitio.

K.

Kauf, die exceptio quanti minoris wird durch die Verfügung über das Kaufobject nicht ausgeschlossen, 41. 69; Norm für Bemessung der Reclamationsfrist. 44. 51; Specialisirung der Mängel einer Gesammtlieferung bei der Recl. nicht erforderlich. 45; Verpflichtung zur alsbaldigen Untersuchung der Waaren und zur Anzeige der Fehler findet nur im eigentlichen Handelsverkehr statt. 67; Begriff des Letzteren (insbes. in Bezug auf Fabrikanten) und Grund jener Verpflichtung. 68; Beweis behaupteter Mängel auf den Zeitpunkt vor Uebergang der Gefahr auf den Käufer zu stellen. 70; das Recht auf Redhibition durch Anbrechen der Waare verwirkt. 69.

Kauf von Eisenbahn-Prioritätsactien auf Grund der Subsscriptionsaufforderung eines Bankiers. 95; Prüfungs- bez. Erkundigungspflicht des Käufers bezüglich der Qualität der gelieferten Papiere bei deren Empfang. 96. 97; Unverbindliche Anpreisungen (Rentabilitätsberechnung). 100. 269; Haftung des Verkäufers wegen Verschweigung der die hervorgehobene Zinsengarantie beschränkenden Resolutiv-Bedingung. 100; Rescision bei desfallsigem dolus des Verkäufers. 101; ist bei Eisenbahn-Concession und Zinsengarantie für Actien eine Bauvollendungsfrist als Resolutivbedingung zu präsumiren. 102; cf. actio redhibitoria, Bankier, Priorität.

Grenzen der Verpflichtung der Contrahenten zur gegenseitigen Mittheilung der für die künftige Preisgestaltung erheblichen Umstände. 269.

Der säumige Verkäufer von Börseneffecten hat die Differenz zwischen dem Cours am Lieferungstage und dem niedrigeren C. zur Zeit der schließlichen Erledigung zu ersetzen. 270.

Directer Verkauf; Bedeutung dieses Ausdrucks im kaufm. Verkehr (im Gegensatze zum Verkauf durch Commissionen) insbes. bei überseeischen Geschäften. 76. 79.

S. auch: Erbschaft, Eviction.

Kaufmännische Correspondenz, Verpflichtung des Auftraggebers zu umgehender Berichtigung eines Mißverständnisses des andern Theils bezüglich des ertheilten resp. empfangenen Auftrags. 200; cf. Auslegung.

Klagänderung, liegt nicht in der Reducirung des Klagobjects. 55; in höherer Instanz unzulässig. 123.
Klagerläuterung, zulässige. 392.
Kosten, cf. Streitkosten.
Kosten-Caution, s. Caution.

L.

Lagerbücher, s. Eigenthum an Liegenschaften.
Leibeserben, Erbantretung derselben. 34.
Liegenschaften, s. Eigenthum an Liegenschaften.
Litigiosität, wird eine Forderung durch Anstellung der condictio liberationis Seiten des Schuldners litigios? 373; entschiedene Verneinung bei Wechseln oder sonstigen auf Ordre ausgestellten Anweisungen. 373.
Litisconsorten, s. Streitgenossen.
Litispendenz, die Wechselklage wird durch Anhängigkeit einer Klage des Wechselschuldners auf Rückgabe des Wechsels (condictio liberationis) nicht gehindert. 371; Gleiches gilt bei instrumentis guarentigiatis. 371.

M.

Medicinalordnung von 1841, Entstehungsgeschichte der darin enthaltenen Bestimmung über die Chirurgen. 145 flg.; Ausübung der Wundarzneikunde durch die Chirurgen erster Klasse an den Besitz einer Barbiergerechtigkeit geknüpft. 145 flg.
Mieth- und Pachtvertrag, Legitimation des Miethers zum interdictum quod vi aut clam. 261; cf. interdictum q. v. a. c.
Die Vertragsclausel, daß der Miether die durch sein Verschulden unbrauchbar gewordenen Objecte zu ersetzen hat, ändert an der Beweislast hinsichtlich der culpa nichts. 421.
Minderjährige, Verträge für und mit denselben. s. Vormundschaft.
Mora des Verkäufers von Börseneffecten. s. Kauf.

N.

Nachbarrecht, s. actio negatoria.
Negotiorum gestio, Präsumtion dafür, daß der wissentlich ein fremdes Geschäft Besorgende auch contemplatione domini gehandelt hat. 278. S. auch: Geschäftsführer.
Nichtigkeit, Appellationsgerichtlicher Urtheile, wegen Mitwirkung eines bei Fassung der sent. a qua thätig gewesenen Richters. 337; Nichtanwendbarkeit auf die Prozeßleitung in II. Instanz. 339; cf. Recusation.

O.

Obligationen, cf. Prioritäten, Kauf.

P.

Pacht-Vertrag, s. Miethvertrag.

Pactum de retro vendendo et retro emendo, s. Prolongationsgeschäft.

Paternität, uneheliche; s. Alimente.
cf. Vaterschaft.

Patria potestas, s. Väterl. Gewalt.

Prioritäten, Rechts-Unterschied zwischen Prioritäts-Actien und Prioritäts-Obligationen; Kriterien. 93 flg.; Mangel einer Bestimmung über Rückzahlung? 95; Dividendenbezug neben Zinsen. 95; gleiches Stimmrecht mit den Stammactien. 96.
S. auch: Kauf.

Prozeßlegitimation, des Vormunds resp. Specialcurators richtet sich nach den Gesetzen am Wohnorte des Mündels. 6.

Prozeßzinsen, cf. Statutencollision.

Prolongationsgeschäft, Auslegung eines solchen über Staatspapiere als Verkauf mit der Nebenberedung eines pactum de retro vendendo et retro emendo (nicht als unbedingter Rückkauf; auch nicht als Darlehen mit Verpfändung). 388 flg. 395; Unanwendbarkeit der Regeln über die mora für die Dauer der Rückkauf- resp. Rückverkaufs-Befugniß. 389; Letztere erlischt durch beiderseitiges Schweigen mit dem gesetzten Endtermine. 390; deren Fortdauer bei einem dies a quo mindestens während der Verjährungszeit. 390; der beigesetzte Termin in Zweifel als Endtermin zu verstehen. 391; Unanwendbarkeit der Verordnung v. 20. April 1830 auf die in Prolongation gegebenen Effecten. 395.

Provisorische Maßnahmen, cf. hereditatis petitio, Edition von Urkunden.

Provisorische Trennung, s. Ehescheidung.

Publiciana actio, s. Eigenthumsklage.

R.

Rechnungsfehler, Berichtigung ex officio. 191.

Reclamation, v. S. d. Käufers; s. Kauf.

Recusation, des Richters II. Instanz wegen früherer Mitgliedschaft am Gerichte I. Instanz. 337; cf. Richtigkeit.

Requisition, ausländ. Gerichte; s. Urtheil.

Restitution, gegen Ablauf der Beweisfrist wegen neu aufgefundener Zeugen nach bereits erfolgter Zeugenvernehmung, Voraussetzungen. 212; Unzulässigkeit bei intentirter Abhör über die nämlichen Thatsachen. 212.

Restitution, gegen Ausschließung der Appellations-Vernehmlassung wegen übereinkunftwidrigen Anrufens. 214.

R. wegen Minderjährigkeit gegen Versäumniß eines Appell. Formale (Beschwerdeaufstellung bei Einlegung der Extrajudicialappellation) 234. 239; gegen Nichtwahrung der Restitutionsfrist (§ 86 R. D. A. von 1600). 234. 241; gegen rechtskräftiges Urtheil. 240; kommt auch den betheiligten Volljährigen zu gut bei (Untheilbarkeit des Rechtsverhältnisses). 241.

R. gegen ein Erkenntniß des Untergerichts kann incidenter vom Oberrichter ertheilt werden. 239.

R. gegen Ablauf der Appellations-Einlegefrist. 380; Erforderniß handtreulicher Versicherung des Sachführers auf den Amtseid. 380; Verurtheilung des Sachführers zu Kostenersatz und Strafe. 381.

R. wegen culpa advocati nur bei Fristversäumnissen, nicht bei Unförmlichkeit der Proceßhandlung zulässig. 239.

S.

Sachführer, s. Anwalt.

Sachverständige, Beweis durch solche; Voraussetzung der Anordnung neuer Expertise. 228; Beschränkung derselben von A. w. auf die noch zweifelhaften Punkte unter gleichzeitiger Präcisirung der relevanten Umstände. 280; cf. Beweis, Zeugen.

Satisfactionsgebühr, cf. Alimente.

Schuldverschreibungen, au porteur cf. Kauf, Prioritäten.

Selbsthülfe, Verkaufs-Selbsthülfe zur Deckung gemachter Auslagen bei mora des zum Ersatze der Auslagen Verpflichteten. 129. 130. S. auch: conto-à-meta Geschäft.

Simulation, Behauptung der S. ohne Substanziirung zu berücksichtigen. 164; zu verwerfen, wenn erhellt, daß die Behauptung auf unrichtiger Schlußfolgerung beruht. 164.

Societät, s. Gesellschaftsvertrag.

Status, s. Vaterschaft.

Status-Klagen, cf. Curator.

Statuten-Collission, die Gesetze am Wohnort des Mündels entscheiden über Erfordernisse und Wirkungen der Vormundschaftsbestellung. 6; die Beziehungen des Personen- und Familienrechts lediglich nach den Gesetzen des Wohnorts, ohne Rücksicht auf Heimath- und Staatsangehörigkeit zu beurtheilen. 284; die Ehescheidung richtet sich nach dem Rechte des ausschließlichen und nicht etwa in fraudem legis gewählten Wohnorts der Eheleute. 299; bei duplex domicilium entscheidet das Recht des zuerst begründet gewesenen Domicils. 299; die persönliche Vertragsfähigkeit richtet sich nach den Gesetzen des Domicils. 398.

Anwendbarkeit amerikan. Rechts auf ein conto-à-meta Geschäft zu einer in Amerika auszuführenden Speculation? 130.

Ausländisches Recht (englisches) von dem sich darauf Berufenden zu beweisen. 113; Ausnahmen bei Unzweifelhaftigkeit des Vorbringens nach der Natur der Sache, nach unbestrittenen allgemeinen Rechtssätzen, oder nach Aussprüchen bewährter Schriftsteller. 113. 114.

Ein Wechsel, dessen gesammte Rechtsverhältnisse im Auslande sich erledigen sollten, ist in seinen Erfordernissen und Wirkungen nach dem ausländ. Rechte zu beurtheilen. 112; auch hinsichtlich der Verzugszinsen 117; Unanwendbarkeit des Art. 85 u. 86 v. d. W. O. (112) auch bei Girirung auf einen Inländer nach Verfall. 113; Grenzen der Anwendbarkeit dieser Art. 112.

Verpflichtung zu Prozeßzinsen nach dem Rechte des Prozeßgerichts zu beurtheilen. 112.

Erwerb, sowie Cession einer Erbschaft nach dem Rechte des forum's der eröffneten Erbschaft. 174. 178.

Das Prozeßgericht hat bei Beurtheilung der Gültigkeit einer Obligation auch die zwingenden Gesetze des auswärtigen Vertragsortes zu berücksichtigen. 400.

S. auch: Urtheile, ausländische.

Strafe, gegen den Sachführer wegen Mißbrauchs des Rechtsmittels der Appellation. 139; s. auch: Conventionalstrafe. Restitution.

Streitgenossen, beklagtische Streitgenossen zu gesonderter Vertheidigung berechtigt bei desfallsigem Interesse. 164; den in die Kosten verurtheilten Kläger treffen die dadurch vermehrten Kosten. 164.

T.

Testament, Erbeinsetzung; Bezeichnung der Person des Erben durch unzweifelhafte Merkmale (nach Art der Beschäftigung, Amt, Verwandtschaft ꝛc.) genügend. 157 flg.; Ungewißheit der Erbeinsetzung mit Unrecht behauptet. 159; Nichtigkeit der Erbeinsetzung bei Wegfall des unzweifelhaft alleinigen Motivs. 159 flg.; Anfechtung der Erbeinsetzung wegen Simulation? 164.

Testaments-Executoren besitzen die Masse nicht im Namen der (Ref. IV, 11. §. 1). 172.

Tradition, cf. constitutum poss.

U.

Uebernahme, fremder Verbindlichkeiten; der Uebernehmer ist auch an die in dem betreffenden Vertrage enthaltenen Bekenntnisse gebunden. 421.

S. auch: Firma, Gesellschafts-Vertrag, Vertrag zu Gunsten dritter.

Uneheliche Kinder, s. Alimente, Gerichtsstand des Delicts.

Urkunden-Beweis, Verpflichtung des Curators dementis sowie des Contradictors zur eidlichen Diffession (de credulitate) der Unterschrift seines

Curanden (des Cridars), cessirt nur bei nachgewiesener Unmöglichkeit Kenntniß der Handschrift zu erlangen. 16. 17. 18; Unterkreuzte Urkunden sind gleich unterzeichneten zu diffitiren. 18; cf. Diffessionseid. Die Fortführung eines Contocorrent-Büchelchens von Seiten des Geschäftsnachfolgers involvirt an sich keine Anerkennung der früheren Einträge. 424.

Außergerichtliche beeidigte Erklärungen dritter (affidavits) sind nicht als Zeugnisse, wohl aber als adminicula probationis zu betrachten. 46. 54.

Urkunden-Edition, s. Edition.

Urkunden, öffentliche cf. Eigenthum.

Urtheile, ausländische; Voraussetzung für Gewährung der Rechtshülfe. 22. 25 flg. 298; Competenz des auswärtigen Gerichts nach den Gesetzen des requirirten Gerichts zu prüfen. 23; Reciprocitätszusage 24; die Anwendung von Retorsionsmaßregeln ist nicht Gegenstand eines Rechts der Partei, sondern Sache der Justizadministration. 24. 25.

Auswärtige Ehescheidungsurtheile; deren Anerkennung (Eintrag in die hies. Standesbücher) bestimmt sich analog nach den allgem. Regeln über Gewährung der Rechtshülfe. 298. cf. Statuten-Collision.

S. auch: Geständniß.

V.

Väterliche Gewalt, Beendigung nach Preuß. Landrecht durch eigenes Gewerbe; Begriff des Letzteren. 398; Einfluß der V. G. auf die Handlungsfähigkeit des Haussohnes. 398.

Vaterschaft, Beweis und Geständniß des Ehebruchs in dem Ehescheidungsprozeß präjudiciren dem Status des Kindes nicht. 188. 189; die Präsumtion der ehel. Vaterschaft nur durch den Beweis des nicht stattgehabten Beischlafs oder der Impotenz innerhalb der kritischen Zeit umzustoßen. 189.

Verjährung, unvordenkliche; Befreiung von einer baugesetzlichen Beschränkung durch unvord. Verj. nur für einzelne bestimmte Gebäude, nicht für ganze Klassen möglich. 248.

Klagverjährung; Ruhen derselben während der Minderjährigkeit (actio ad exhib.) 327. cf. von Urkunden.

Verkauf, s. Kauf, constitutum possess.

Verkaufs-Selbsthülfe, s. Selbsthülfe.

Vermuthung, für die Legalität der Errichtung der Lagerbücher, s. Eigenthum; factische Vermuthung, deren Würdigung beim Beweis behaupteter Mängel an versendeten Waaren. 70.

Vernehmlassung, irrige Bezeichnung einer klagverneinenden Thatsache als Einrede ist unschädlich. 204.

cf. Geständniß.

Vertrag, Verträge zu Gunsten dritter sind für die Letzteren in der Regel nicht klagbar. 318.

Verträge Minderjähriger, s. Vormundschaft.
Vertragsnotification, s. kaufmännische Correspondenz.
S. auch: Dienstvertrag, Gesellschaftsvertrag, Miethvertrag, Väterl. Gewalt, Statuten-Collision.
Verwendung, Ersatz derselben, s. Interesse.
Vindication, s. Eigenthumsklage.
Vormundschaft, Verträge, welche von der nicht zur Vormünderin bestellten Mutter für einen Minderjährigen abgeschlossen, werden erst durch die Genehmigung des Vormunds perfect. 10. 11; Verträge mit dem Mündel persönlich verpflichten nur den majorennen Contrahenten. 11.
S. auch: Statuten-Collision.

W.

Wechsel, domicilirter Wechsel, Begriff (Art. 24 der d. W. O.) 111; Beifügung einer Zahlungsadresse durch den Acceptanten macht den Wechsel nicht zu einem domicilirten. 112.
Protesterhebung, Wesen und Zweck. 114; Verzugszinsen v. S. des Acceptanten (nach Art. 99 der P. P. O.) erst vom Tage des Protestes. 118.
Der Umstand, daß der klagende Indossatar lediglich im Interesse eines Dritten die Wechselklage angestellt hat, ist irrelevant. 365.
Die exceptio doli specialis, welche dem Acceptanten eines noch nicht im Umlaufe befindlichen Wechsels gegen dessen Aussteller zusteht, greift auch gegen den wissentl. Erwerber jenes Wechsels Platz. 366. 368. 370; Wann erscheint ein Wechsel in diesem Sinne als noch nicht im Umlaufe? 368. 369.
Das Datum des Indossaments ist nicht nothwendig auch das der Begebung. 369.
Auslegung des Art. 82 d. D. W. O. („Einreden, welche dem Wechselschuldner unmittelbar gegen den jedesmal. Kläger zustehen"); Identität mit der Bestimmung in Art. 91 d. P. P. O. 366. 374.
S. auch: Engl. Wechselrecht; Litispendenz, Litigiosität, Statuten-Collision.
Wucher, Ausschließung der Annahme eines versteckten Wuchers durch die aleatorische Natur des Geschäft. 268.

Z.

Zeugen, Unfähigkeit des stillen Gesellschafters. 48.
Verdächtigkeit des Geschäftsführers und der Comptoirbediensteten. 49; deren Verwerflichkeit, wenn eigene Verantwortlichkeit derselben in Frage steht. 49.
Sachverständige Z.; Begriff und Zulässigkeit derselben. 48. 53.

Die Abnehmer des Käufers als dessen Zeugen über die Fehlerhaftigkeit der Waaren gegen den ersten Verkäufer. 50.

Die außergerichtl. eidliche Erklärung einer Person schließt deren Benutzung als Zeuge nicht aus. 50.

Voller Beweis bei singularitas testium. 154.

Production neuer Zeugen cf. Restitution.

Zeugnisse, außergerichtliche, s. Urkundenbeweis.

Zinsen, cf. Statutencollision, Wucher.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google